

UiO : **Det juridiske fakultet**

Spennet mellom selvinkrimineringsvernet og lovpålagte opplysningsplikter

Kandidatnummer: 710

Leveringsfrist: 25.04.2015

Antall ord: 17323



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Metode.....	3
1.4	Videre fremstilling	4
2	SELVINKRIMINERINGSVERNETS BEGRUNNELSE OG RETTSLIGE GRUNNLAG	5
2.1	Temaet for kapitlet	5
2.2	Selvinkrimineringsvernets begrunnelse	5
2.3	Hensyn som taler mot et vidt selvinkrimineringsvern.....	6
2.4	Vernet mot selvinkriminering i internrettslig ordinær lovgivning	7
2.4.1	Selvinkrimineringsvern i straffeprosessloven og straffeloven.....	7
2.4.2	Straffeprosessuelle prinsipper av betydning for selvinkrimineringsvernet.....	8
2.5	Vernet mot selvinkriminering i Grunnloven	9
2.5.1	Rettslig betydning av at retten til en rettferdig rettergang er grunnlovsfestet	9
2.6	Vernet mot selvinkriminering i EMK	10
2.6.1	Generelt om innholdet i EMK art. 6	10
2.6.2	Selvinkrimineringsvern etter EMK art. 6 nr. 1	11
2.6.3	Helhetsvurderingen av om det har vært en ”fair trial”	13
2.6.4	Siktelsesbegrepet etter EMK art. 6 nr. 1	14
2.7	Vernet mot selvinkriminering i SP	15
2.7.1	Generelt om innholdet i SP art. 14.....	15
3	LOVPÅLAGTE OPPLYSNINGSPLIKTER	16
3.1	Temaet for kapitlet	16
3.2	Generelt om lovpålagte opplysningsplikter.....	16
3.3	Lovpålagte opplysningsplikter med et tilhørende lovfestet bevisforbud	17
3.4	Lovpålagte opplysningsplikter uten eksplisitt bevisforbud.....	18
4	SELVINKRIMINERINGSVERN PÅ KONTROLLSTADIET.....	20
4.1	Temaet for kapitlet	20
4.2	Hensyn som taler mot et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet.....	21
4.3	Hvorvidt det foreligger en ”siktelse” (charge)	22
4.3.1	Hvorvidt pliktsubjektets situasjon er blitt ”vesentlig påvirket”	22
4.3.2	Oppsummering av rettstilstanden.....	25

4.4	Materielt selvinkrimineringsvern der det foreligger en "charge" på kontrollstadiet.....	26
4.4.1	Generelt om situasjoner der det foreligger en "charge"	26
4.4.2	Art og grad av tvang som er benyttet for å frembringe informasjon	28
4.4.3	Eksistensen av rettssikkerhetsgarantier i prosessen	29
4.4.4	Hvordan den pliktmessig avgitte informasjonen benyttes	30
4.4.5	Andre kriterier	31
4.4.6	Oppsummering av rettstilstanden.....	32
5	SELVINKRIMINERINGSVERN DER PLIKTMESSIG AVGITT INFORMASJON BENYTTES I EN STRAFFESAK.....	33
5.1	Temaet for kapitlet	33
5.2	Bevisførsel.....	33
5.2.1	Rettslige utgangspunkter.....	33
5.2.2	Hensynene til bevisumiddelbarhet, kontradiksjon og muntlighet.....	34
5.3	Bevisforbud	35
5.3.1	Generelt om bevisforbud.....	35
5.3.2	Prosessuelt.....	35
5.3.3	Ulovfestet bevisforbud	36
5.3.4	Generelt om EMK art. 6 nr. 1 som rettslig skranke for bevisførsel.....	37
5.4	Momenter fra rettspraksis som belyser selvinkrimineringsvernet som rettslig skranke for bevisførsel under en straffesak.....	38
5.4.1	Temaet for delkapitlet	38
5.4.2	Selve bruken av pliktmessig avgitt informasjon	38
5.4.3	"Risiko" for bruk av pliktmessig avgitt informasjon	41
5.4.4	Betydningen av om siktede protesterer	43
5.4.5	Betydningen av om det forelå en siktelse (charge) på forklaringstidspunktet...	44
5.4.6	Strafferettslig behov for å benytte informasjonen under straffesaken	45
5.5	Oppsummering av rettstilstanden	45
6	RETTSPOLITISKE SYNSPUNKTER	46
	LITTERATURLISTE.....	50

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Selvinkrimineringsvernet er blitt beskrevet som ”et grunnleggende rettsstatsprinsipp” av Høyesterett, og er en viktig interesse som verner om den enkeltes integritet.¹ I denne oppgaven skal jeg belyse selvinkrimineringsvernets rekkevidde i to konkrete situasjoner. Situasjonene har en nær sammenheng med hverandre. Felles for situasjonene er at forvaltningen, i form av ulike forvaltningsorgan, har pålagt et pliktsubjekt² en informasjonsplikt under trussel om sanksjoner dersom plikten ikke etterfølges. Et annet fellestrekk er at selvinkrimineringsvernet vil kunne være krenket i begge situasjonene.

I straffesaker vil siktede og mistenkte gis et betydelig vern mot selvinkriminering. Han behøver ikke å forklare seg overfor politi eller domstoler, jf. straffeprosessloven³ §§ 90 og 232 (1), med det forbehold at dette til en viss grad kan bli ansett å tale mot ham, jf. strprl. § 93 (2). Dette står i kontrast til de meget vidtgående informasjonspliktene som finnes diverse steder i forvaltningslovgivningen. Enkelte av disse informasjonspliktene innebærer at ulike forvaltningsorgan, i visse situasjoner, kan avkreve personer potensielt selvinkriminerende informasjon. Spennet mellom selvinkrimineringsvernet i straffesaker og vidtgående informasjonsplikter overfor forvaltningen kommer spesielt til syne i to situasjoner. Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolens⁴ dom *Weh v. Austria* er illustrerende i så henseende.⁵ Her oppsummerer EMD sin egen praksis og skisserer disse to situasjonene der selvinkrimineringsvernet kan tenkes krenket. EMD uttaler:

”First, there are cases relating to the use of compulsion for the purpose of obtaining information which might incriminate the person concerned in pending or anticipated criminal proceedings against him, or - in other words - in respect of an offence with which that person has been “charged” within the autonomous meaning of Article 6 § 1 (...).”⁶

”Second, there are cases concerning the use of incriminating information compulsorily obtained outside the context of criminal proceedings in a subsequent criminal prosecution (...).”⁷

¹ Jf. blant annet Rt. 2007 s. 932 avsn. 17, Rt. 1999 s. 1269 (på s. 1272)

² Ordet vil benyttes i det følgende om den person som er underlagt en forklaringsplikt.

³ Lov av 22. mai 1981 nr. 25, heretter strprl.

⁴ Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen, heretter EMD

⁵ Jf. Elgesem (2010) s. 67.

⁶ Jf. *Weh v. Austria*, avsn. 42

⁷ Jf. *Weh v. Austria*, avsn. 43

I tråd med sitatene ovenfor vil min oppgave ta for seg disse to situasjonene. Den første situasjonen oppgaven tar for seg er situasjonen på ”kontrollstadiet”, dvs. under selve innhenting av informasjon. Hvis pliktsubjektet, ved å ikke etterkomme en opplysningsplikt, risikerer å bli utsatt for sanksjoner kan det foreligge en krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Helt sentralt, og premisset for at et vern kan foreligge på dette tidspunktet, er at forklaringsplikten medfører en siktelse (charge) etter EMKs⁸ autonome siktelsesbegrep. Dersom siktede har et selvinkrimineringsvern i disse situasjonene vil følgen være at siktede ikke kan straffes for å ha unnlatt å etterkomme opplysningsplikten. Den andre situasjonen som skal belyses er der pliktmessig avgitt informasjon, som er avgitt ”outside the context of criminal proceedings”,⁹ blir benyttet i en straffesak. Dersom et selvinkrimineringsvern foreligger i disse situasjonene, vil følgen være at siktedes pliktmessig avgitte forklaringer ikke kan benyttes i straffesaken.

Hvorvidt det i disse situasjonene foreligger et selvinkrimineringsvern vil bero på selvinkrimineringsvernet som gjennom EMDs praksis er innfortolket i retten til en ”rettferdig rettergang” (fair trial), jf. EMK art. 6 nr. 1.¹⁰ Nevnte artikkel utgjør dermed en rettslig skranke for både ileggelse av sanksjoner på kontrollstadiet og for bevisføring under en straffesak. Hvorvidt et vern foreligger vil bero på konkrete helhetsvurderinger. De relevante momenter, og deres relative vekt, fremkommer av rettspraksis fra både norske domstoler og EMD - da med hovedvekt på sistnevnte. I oppgaven vil jeg redegjøre for når et selvinkrimineringsvern foreligger i de to beskrevne situasjonene.

1.2 Avgrensninger

Denne oppgaven vil omhandle *forklaringer* fra nevnte informasjonsplikter. Bevis som eksisterer uavhengig av siktedes vilje, blant annet dokumentbevis, blod- eller urinprøve og lignende vil dermed falle utenfor oppgaven. Disse situasjonene vil kun nevnes der det belyser rettstilstanden for forklaringer fra informasjonsplikter. Frivillig avgitt informasjon faller også utenfor oppgavens område.¹¹ Oppgaven vil også begrense seg til siktedes situasjon, og situasjonen

⁸ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, heretter EMK

⁹ Jf. sitat ovenfor

¹⁰ I oppgaven vil bevisavskjæring der EMK art. 6 nr. 1 er den rettslige skranken betegnes som ”ulovfestet rett”, på tross av at retten til en ”fair trial” er konvensjonsfestet og gitt forrang i norsk lov. Dette er som følge av at bevisavskjæringsadgangen etter den rettslige standarden ”fair trial” er domstolskapt.

¹¹ ”Frivillig” i vid forstand, f. eks. situasjoner der pliktsubjektet føler at en forklaringsplikt er svært nært forestående og uunngåelig.

til eksempelvis vitner faller dermed utenfor. Oppgaven vil også avgrenses mot juridiske personer.

1.3 Metode

Metodebruk, og særlig rettskildemessig vekt som tillegges de ulike rettskilder, vil belyses underveis i oppgaven. Her innledningsvis vil det bare knyttes noen kommentarer til internasjonale konvensjoner - herunder særlig EMK – som vil stå sentralt i oppgaven.

Det følger av strprl. § 4 og menneskerettsloven¹² § 3 at EMK er sikret forrang foran alminnelig norsk lov.¹³ EMKs bestemmelser og EMDs avgjørelser er følgelig relevante momenter ved vurderingen av hva som er gjeldende rett. For spørsmålet om hvordan norske domstoler skal anvende EMK så uttaler Høyesterett i kjennelsen Rt. 2005 s. 833 at:

”(...) ved anvendelse av reglene i EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Herunder skal de benytte samme metode som EMD. Norske domstoler må således forholde seg til konvensjonsteksten, alminnelige formålsbetraktninger og EMDs avgjørelser. Det er likevel i første rekke EMD som skal utvikle konvensjonen.”¹⁴

Norske domstoler skal dermed anvende EMDs egen metode ved tolkning av EMK, med det forbehold at det er EMD som skal utvikle konvensjonen. EMDs avgjørelser er følgelig av betydning ved fastleggelsen av innholdet i EMK.

Som følge av at norske domstoler som utgangspunkt skal benytte samme metode som EMD ved tolkning av EMK, så skal det redegjøres kort for denne tolkningsmetoden.

Utgangspunktene for tolkning av internasjonale konvensjoner følger av Vienna Convention on the Law of Treaties (heretter VCLT)¹⁵. Denne konvensjonen uttrykker det som er ansett som folkerettslig sedvanerett.¹⁶ VCLT art. 31 lister opp de sentrale tolkningsmomentene for internasjonale konvensjoner, mens de sekundære tolkningsmomentene følger av art. 32.

¹² Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett, heretter mnskrl.

¹³ Gjelder også Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966 (heretter SP), og en rekke andre konvensjoner, jf. mnskrl. § 2. SP er imidlertid av mindre betydning for oppgaven, jf. kap. 2.7.

¹⁴ Jf. Rt. 2005 s. 833 avsn. 45

¹⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties av 23. mai 1969

¹⁶ Indikeres blant annet av Elgesems artikkel (2003) s. 207

I henhold til VCLT art. 31 nr. 1 er ordlyden et sentralt tolkningsmoment. Den dynamiske tolkningen vil måtte holde seg innenfor ordlydens ytre rammer, og vil ikke kunne strekkes til å verne andre rettigheter enn de som opprinnelig er konvensjonsfestet. For rettigheter som eksplisitt er vernet, vil imidlertid ordlyden kunne tolkes utvidende etter en dynamisk tolkning.

Det følger videre av VCLT art. 31 nr. 1 at formålsbetraktninger er en sentral tolkningsfaktor ved tolkning av internasjonale konvensjoner. For EMKs vedkommende vil disse formålsbetraktningene særlig være i form av effektivitetsbetraktninger. Det følger av flere av EMDs avgjørelser at effektivitetshensyn tillegges relativt stor vekt ved fortolkningen av selvinkrimineringsvernet som er innfortolket i EMK art. 6 nr. 1.¹⁷

Hva gjelder rettspraksis' betydning for innholdet i EMK så følger utgangspunktet av ICJ¹⁸ art. 38 (1) d at dette kun er et subsidiært tolkningsmoment. ICJs bestemmelser anses som å gi uttrykk for folkerettslig sedvanerett.¹⁹ Menneskerettighetskonvensjoner, som EMK, står imidlertid i en særstilling hva gjelder tolkning. Slike konvensjoner gir rettigheter direkte til individer i statene - individer er dermed folkerettssubjekter, og ikke bare folkerettsobjekter.²⁰ EMK er i så henseende en dynamisk konvensjon der subjektenes rettigheter vil utvikle seg over tid. Av EMDs praksis fremgår det at domstolen vektlegger sine egne avgjørelser i ganske stor grad. Flere av bestemmelsene i EMK nødvendiggjør betydningen av rettspraksis som tolkningsfaktor som følge av at ordlyden ikke er tilstrekkelig for å definere det konkrete innholdet. Illustrerende er den rettslige standarden "fair trial" hvis innhold i hovedsak er domstolskapt.²¹ EMDs avgjørelser vil dermed være en sentral tolkningsfaktor for selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1. Den rettskildemessige vekten EMDs avgjørelser har ved tolkning av innholdet i selvinkrimineringsvernet forsterkes ytterligere av at sentrale spørsmål vedrørende denne rettigheten er avgjort av EMD i storkammer.²²

1.4 Videre fremstilling

¹⁷ Jf. O'Halloran and Francis v. the UK og Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 45

¹⁸ Statute for the International Court of Justice av 26. juni 1945

¹⁹ Jf. Frøberg (2007) s. 178

²⁰ Jf. Elgesem (2003) s. 210

²¹ Jf. EMK art. 6 nr. 1

²² Det følger av EMK art. 30 at storkammer kan benyttes der saken reiser viktige spørsmål for tolkningen av konvensjonen eller der domstolens avgjørelse kan fravike tidligere avsagte dommer.

I kap. 2 vil jeg først redegjøre for selvinkrimineringsvernets begrunnelse og hensyn som taler mot et vidt selvinkrimineringsvern. Deretter vil selvinkrimineringsvernets rettslige grunnlag belyses. Kap. 3 vil dreie seg om hvilke lovpålagte opplysningsplikter som finnes, hva disse innebærer og forutsetningene for at disse kan stå i et spenn med selvinkrimineringsvernet. Kap. 4 vil omhandle situasjonen på kontrollstadiet; hhv. når det foreligger en siktelse etter EMKs autonome siktelsesbegrep, og - der dette foreligger – hvorvidt siktede har et selvinkrimineringsvern. I Kap. 5 vil det redegjøres for i hvilken grad pliktmessig avgitt informasjon kan benyttes i en straffesak uten at det strider mot selvinkrimineringsvernet. I kap. 6 vil jeg komme med noen rettspolitiske betraktninger.

2 Selvinkrimineringsvernets begrunnelse og rettslige grunnlag

2.1 Temaet for kapittelet

Oppgaven omhandler det spenn som oppstår mellom lovpålagte opplysningsplikter og selvinkrimineringsvernet i to konkrete situasjoner; hhv. på kontrollstadiet og under en straffesak. Hvilke rettskilder som underbygger selvinkrimineringsvernet, og innholdet i dette vernet, er dermed helt sentralt for oppgaven. I det følgende skal jeg redegjøre for hvilke rettskilder som er relevante for å fastlegge innholdet av selvinkrimineringsvernet. Jeg vil også redegjøre for deres relative rettskildemessige vekt. Også det materielle innholdet i selvinkrimineringsvernet vil søkes klarlagt i lys av de relevante rettskilder. Innledningsvis, i kap. 2.2, vil jeg redegjøre for hvilke hensyn som begrunner et selvinkrimineringsvern, og i kap. 2.3 vil hensynene som taler mot et vidt selvinkrimineringsvern fremgå.

2.2 Selvinkrimineringsvernets begrunnelse

Selvinkrimineringsvernet har, som nevnt, blitt beskrevet av Høyesterett som et grunnleggende rettsstatsprinsipp. Det er følgelig en viktig interesse som søkes vernet. Selvinkrimineringsvernet er normalt forstått som bestående av to aspekter; retten til å forholde seg taus og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse. Disse to aspektene har en nær sammenheng med hverandre, men det er ingen nødvendig sammenheng. På kontrollstadiet er det hovedsakelig retten til å forholde seg taus som er av interesse, og som kan tenkes krenket. For situasjonen under en straffesak er det hovedsakelig retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse som vil kunne være krenket. Hensynene som begrunner disse to aspektene vil ha en nær sammenheng, og vil derfor behandles samlet.

Et viktig moment som begrunner selvinkrimineringsvernet er hensynet til siktedes personlige integritet. I dette ligger at siktede bør kunne velge selv om han vil forklare seg overfor myndighetene eller ikke. Dersom et selvinkrimineringsvern ikke kan påberopes vil siktede kunne bli nødt til å velge mellom å lyve og å inkriminere seg selv. Dette vil kunne oppfattes som moralsk belastende for den siktede, og er tradisjonelt ikke ansett som en rettsstat verdig. I juridisk teori har dette vært omtalt som respekt for siktede som et prosesssubjekt i motsetning til siktede som et rent undersøkelsesobjekt.²³

Et viktig hensyn bak selvinkrimineringsvernet er også at siktede ikke skal bli utsatt for maktmisbruk og overdrevent press fra myndighetene. EMD uttaler følgende om selvinkrimineringsvernet i saken *Heaney and McGuinness v. Ireland*:

”Their rationale lies, inter alia, in the *protection of the accused against improper compulsion by the authorities*, thereby contributing to the *avoidance of miscarriages of justice* and to the *fulfilment of the aims of Article 6*.”²⁴

Illustrerende, som et ytterpunkt, er selvinkriminerende informasjon som er fremkommet gjennom bruk av tortur. Også hensynet til et materielt riktig resultat og sammenhengen dette har med uskyldspresumpsjonen begrunner et selvinkrimineringsvern. Disse hensynene tilsier at informasjon som stammer fra situasjoner der overdrevent press har forekommet ikke bør benyttes.²⁵ Uskyldspresumpsjonen har en sammenheng med dette, da fremtvingelse av skyld ofte vil bygge på en forutsetning om at siktede er skyldig.²⁶ Tilsvarende vil uskyldspresumpsjonen også stå i et spenn mot å legge avgjørende vekt på siktedes taushet.

2.3 Hensyn som taler mot et vidt selvinkrimineringsvern

I begge situasjonene som oppgaven omhandler kan det foreligge sterke hensyn som taler for en høy terskel for konstatering av brudd på selvinkrimineringsvernet. Selvinkrimineringsvernet og disse hensynene vil dermed kunne stå i spenn mot hverandre. Den samfunnsinteresse det utgjør at forvaltningen har best mulige forutsetninger for å gjøre jobben sin vil være et svært viktig hensyn i begge situasjonene oppgaven omhandler. For situasjonen der pliktmessig avgitt informasjon benyttes i en straffesak er utgangspunktet i norsk rett fri bevisførsel.

²³ Jf. Torgersen (2009) s. 203

²⁴ Her sitert fra *Heaney and McGuinness v. Ireland*, avsn. 40. Følger imidlertid av svært mange EMD-dommer. Mine kursiveringer.

²⁵ Jf. blant annet Johansen (2009) s. 52

²⁶ Jf. NOU 2003:15 s. 103

Dette begrunnes blant annet i hensynet til den materielle sannhet og til sakens opplysning. Dette anses som svært vektige momenter som taler for en høy terskel for konstatering av brudd på selvinkrimineringsvernet.

2.4 Vernet mot selvinkriminering i internrettslig ordinær lovgivning

2.4.1 Selvinkrimineringsvern i straffeprosessloven og straffeloven

Det følger av strprl. § 90 at siktede, når han møter for retten, skal gjøres kjent med at han ”ikke har plikt til å forklare seg”. I strprl. § 232 (1) forbeholdes mistenkte den samme retten ved avhør. Dette fastsetter et svært viktig prinsipp i straffeprosessen; vernet mot selvinkriminering. Siktede forbeholdes retten til å forholde seg taus og til å ikke medvirke til frembringelse av opplysninger som vil kunne være inkriminerende for ham selv – han skal ikke bli nødt til å bidra til sin egen domfellelse gjennom vitnemål eller erkjennelse av skyld.²⁷ Siktede behøver altså ikke å medvirke til sakens opplysning utover det som ellers følger av strprl. § 90 – opplysninger om navn, fødselsår og dag, stilling og bopel, sml. straffelovens²⁸ § 333. Siktede kan heller ikke straffes for falsk forklaring, jf. straffelovens § 167 (1). Høyesterett har i kjennelsen Rt. 1982 s. 173 presisert at innholdet i begrepet ”siktet” i strl. § 167 må tolkes utvidende, slik at også mistenkte forbeholdes denne retten.²⁹

Selv om en siktet ikke behøver å forklare seg for retten, så følger det av strprl. § 93 (2) at siktetes taushet eller forbeholdne forklaring kan ”bli ansett for å tale mot ham”, noe han skal bli gjort oppmerksom på. Dette må likevel gjøres på en slik måte at det ikke strider mot § 92 (2) – løfter, uriktige opplysninger, trusler og tvang kan ikke benyttes. Siktetes selvinkrimineringsvern i norsk straffeprosess er som følge av dette ikke absolutt. Dette er i tråd med EMDs praksis.³⁰ I hvilken grad EMD tillater vektleggelse av taushet faller utenfor oppgavens område.

Også strprl. § 290 er sentral for selvinkrimineringsvernet i norsk ordinær lovgivning. Her hjemles retten til å benytte siktetes tidligere avgitte forklaringer, som er avgitt ”i saken”, på visse vilkår. Dette innebærer at bevisumiddelbarhetsprinsippet - at bevisførselen skal være direkte for den dømmende rett - modifiseres noe. Hvorvidt en forklaring er avgitt ”i saken”

²⁷ Jf. NOU 2009:9 kap. 12,5

²⁸ Almindelig borgerlig straffelov av 22. mai 1902 nr. 10, heretter strl.

²⁹ Jeg vil i det videre benytte begrepet siktet i vid forstand, dvs, at både status som siktet og mistenkt faller innunder ordlyden. Der jeg kun sikter til én av disse vil dette fremgå klart av teksten.

³⁰ Jf. blant annet John Murray v. the United Kingdom avsn. 47

eller ikke er følgelig sentralt for om et bevis kan føres for retten. Det følger imidlertid av rettspraksis, jf. Bølgepappkjennelsen³¹ og Rt. 2007 s. 932, at forklaringer som er avgitt under forklaringsplikt kan føres innenfor rammene av strprl. § 290.³² Ordlyden i strprl. § 290 benyttes følgelig utvidende, da benyttelse av denne type informasjon i utgangspunktet faller utenfor ordlydens språklige ramme. For siktedes del åpnes det dermed for å lese opp tidligere forklaringer avgitt overfor forvaltningen dersom det foreligger motstrid mellom hans forklaringer, dersom det gjelder punkter han nekter å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker, eller såfremt han ikke møter.³³

Rettspraksis åpner dermed for en utvidende tolkning av strprl § 290, hvilket innebærer at forklaringer som er avgitt under en lovpålagt opplysningsplikt overfor forvaltningen, innenfor visse rammer, kan føres for retten under en straffesak. Dette er ikke ensbetydende med at slike bevis alltid kan føres, selv om det gjøres innenfor rammen av strprl. § 290. Selvinkrimineringsvernet vil kunne utgjøre en sperre for bevisførselen. Hvorvidt beviset kan føres eller ikke beror på en helhetsvurdering av om rettergangen kan anses som rettferdig, jf. EMK art. 6 nr. 1. En konkret vurdering av momentene som er relevante for den vurderingen, og vektingen av disse, vil fremgå av kap. 6.

2.4.2 Straffeprosessuelle prinsipper av betydning for selvinkrimineringsvernet

At en siktet ikke skal måtte bidra til egen straffellelse er et utslag av topartsprosessen og anklageprinsippet i norsk straffeprosess, hvilket innebærer at det er opp til påtalemyndigheten å grunngi hvilke momenter som taler for straffellelse. Denne partsprosessen, der påtalemyndighetene skal begrunne påtale for den dømmende rett, innebærer at motparten i saken, den siktede, ikke behøver å komme med forklaringer som vil styrke påtalemyndighetenes sak. Anklageprinsippet kommer til uttrykk i strprl. § 63 der det fremgår at domstolene først trer i virksomhet etter ”begjæring av en påtaleberettiget”.³⁴ At en siktet ikke skal måtte bidra til egen straffellelse er også et utslag av favor defensionis-prinsippet som gjelder i straffeprosessen. Dette prinsippet går ut på at påtalemyndigheten i en straffesak vil ha betydelige fordeler hva gjelder mulighetene til bruk av tvangsmidler og midler til etterforskning kontra hva siktede har.³⁵ Denne ubalansen i styrkeforholdet mellom partene søkes balansert ved at siktede gis

³¹ Jf. Rt. 1994 s. 610

³² For vitner vil opplysningsadgangen bero på strprl. §§ 296 og 297, men dette faller som nevnt utenfor oppgaven

³³ Jf. strprl. § 290

³⁴ Jf. Hov (2010) s. 128.

³⁵ Jf. Hov (2010) s. 131

visse rettigheter under saken.³⁶ Siktete forbeholdes blant annet retten til å ikke forklare seg under straffesaken, jf. strprl. §90, og han kan heller ikke holdes strafferettslig ansvarlig for falsk forklaring, jf. straffeloven § 167.³⁷

2.5 Vernet mot selvinkriminering i Grunnloven

2.5.1 Rettslig betydning av at retten til en rettferdig rettergang er grunnlovsfestet

Grunnloven³⁸ har i dag en rekke bestemmelser som skal sikre menneskerettighetene. Flere av disse kom inn etter en nyere grunnlovsendring, som følge av Lønning-utvalgets innstilling.³⁹ Lønning-utvalget hadde som mandat å:

”(...) utrede og fremme forslag til en begrenset revisjon av Grunnloven med det mål å styrke menneskerettighetenes stilling i nasjonal rett ved å gi sentrale menneskerettigheter Grunnlovs rang”.⁴⁰

Følgen ble etablering av et eget kap. E som nå rommer menneskerettighetene.

Retten til en rettferdig rettergang følger nå direkte av Grl. § 95 (1) 2.pkt. Det fremgår der at ”Rettergangen skal være rettferdig og offentlig.” Retten til en rettferdig rettergang sikres også i § 92 der det fremgår at ”Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter.” Denne retten følger også, om enn noe mer indirekte, av Grl. § 2 (1) 2.pkt der det fremgår at Grunnloven skal ”sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene”. Inntil grunnlovsendringen som følge av Lønning-utvalgets innstilling var det den nå opphevede Grl. § 110 c som var den sentrale hjemmel for retten til en rettferdig rettergang. Denne paragrafen ga uttrykk for en generell plikt for staten til å ”respektere og sikre menneskerettighetene”. Etableringen av Grl. 95 slik den i dag lyder har således ikke medført noen vesentlig rettsendring. Det uttales i grunnlovsforarbeidene at:

”Prinsippet om rettferdig rettergang følger av EMK artikkel 6 og SP artikkel 14, inntatt i menneskerettsloven av 1999. I tillegg følger flere av prinsippets sentrale elementer av den

³⁶ Jf. Hov.(2010) s. 131

³⁷ Jf. Hov (2010) s. 131

³⁸ Lov av 17. mai 1814, heretter Grl.

³⁹ Jf. Dok. nr. 16 (2011/2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

⁴⁰ Jf. Dok. nr. 16 (2011/2012) s. 18

ordinære lovgivning, særlig straffeprosessloven, tvisteloven og domstolloven. En grunnlovsfesting av det generelle rettsstatsprinsipp om at rettergangen skal være rettferdig, vil således ikke endre dagens rettstilstand på annen måte enn at prinsippet løftes inn i Grunnloven.”⁴¹

For spørsmålet om grunnlovsfestingen har medført endret rettstilstand for selvinkrimineringsvernet, så har en relativt ny Høyesterettsdom, Rt. 2015 s. 93, uttalt seg om grunnlovsfestingen av menneskerettighetene og dets betydning for norsk rett. Dommen omhandler ikke selvinkrimineringsvernet, men disse generelle uttalelsene vil likevel være av interesse. I dommen uttales det:

”§102 [retten til respekt for sitt privatliv mv] skal tolkes i lys av de folkerettslige forbildene, men likevel slik at fremtidig praksis fra de internasjonale håndhevingsorganene ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene: Det er etter vår forfatning Høyesterett - ikke de internasjonale håndhevingsorganene - som har ansvaret for å tolke, avklare og utvikle Grunnlovens menneskerettsbestemmelser.”⁴²

Dette indikerer at selvinkrimineringsvernet etter den rettslige standarden ”rettferdig” rettergang i Grl § 95 (1) 2.pkt. ikke nødvendigvis vil følge EMDs dynamiske tolkning av selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr 1 i fremtiden. Rettstilstanden i dag synes imidlertid ikke å innebære noe motsetningsforhold mellom selvinkrimineringsvernet i Grunnloven og EMK. EMK gir i dag et bedre vern enn det som følger av intern rett. Et motsetningsforhold kan imidlertid tenkes dersom EMD i fremtiden gjennom sin dynamiske utvikling av EMK innskrenker retten til en rettferdig rettergang. Skulle det bli tilfellet vil Grunnloven kunne utgjøre den rettslige skranken for benyttelse av pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak.⁴³

2.6 Vernet mot selvinkriminering i EMK

2.6.1 Generelt om innholdet i EMK art. 6

På menneskerettighetenes område er EMK den sentrale konvensjonen i norsk rett. EMK er gitt forrang i norsk lov overfor bestemmelser i annen ordinær lovgivning gjennom mnskrl. § 3 og strprl. § 4 (1). EMK art. 6 nr. 1 knesetter prinsippet om ”fair trial” (rettferdig rettergang) –

⁴¹ Jf. Dokument 16 (2011/2012) kap. 23.5.1

⁴² Jf. Rt. 2015 s. 93 avsn. 57 (HR 2015-206-A)

⁴³ Grunnloven vil også i den beskrevne situasjonen kunne være avgjørende for selvinkrimineringsvernet på kontrollstadiet. Premisset vil være at det foreligger en siktelse.

det helt sentrale rettsgrunnlaget for spørsmål om bevisavskjæring i norsk rett. EMK art. 6 nr. 1 1. punktum har følgende ordlyd:

”Art 6. Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. (...)”⁴⁴

I juridisk teori fremheves det at artikkelen kan utgjøre et selvstendig grunnlag for bevisavskjæring.⁴⁵ EMD har i svært mange saker presisert innholdet i EMK art. 6 nr. 1, og EMDs dynamiske utvikling har medført et bedre vern enn etter intern rett. Dette resulterer i at EMK art. 6 nr. 1 vil utgjøre en rettslig skranke for bevisføring i norsk rett.⁴⁶

Art. 6 nr.1 omfatter etter sin ordlyd både sivile og strafferettslige saker – kun sistnevnte er imidlertid av betydning for denne oppgaven. Det følger av første ledd, sammenholdt med overskriften i artikkelen, at alle som har en sak for rettssystemet i saker som omfattes av EMDs autonome tolkning av begrepet ”criminal charge” har rett til en ”fair trial”. Dette er to rettslige standarder; dvs. at innholdet i uttrykkene til en viss grad er tøyelig og må utøves etter et fornuftig skjønn. Dette skjønnets er imidlertid ikke fritt, men bundet av rettskildematerialet på området.

Innholdet i de rettslige standardene ”fair trial” og ”criminal charge” vil være helt sentrale for det som er oppgavens tema - nemlig det spenn som kan foreligge mellom straffesanksjonerte forklaringsplikter overfor forvaltningen og selvinkrimineringsvernet.

2.6.2 Selvinkrimineringsvern etter EMK art. 6 nr. 1

Fair trial-begrepet er som nevnt en rettslig standard der innholdet følger av rettskildematerialet på området. Noen av momentene som inngår i fair trial-begrepet følger direkte av artikkelen, jf. EMK. art. 6 (2. og 3. ledd), mens andre momenter er utviklet gjennom rettspraksis. Vernet mot selvinkriminering fremgår ikke uttrykkelig av ordlyden i artikkelen, men det er

⁴⁴ Jf. EMK art. 6 nr. 1

⁴⁵ Jf. Torgersen s. 538 (2006). Han påpeker også at artikkelen kan utgjøre en begrensning i adgangen til å avskjære bevis.

⁴⁶ Jf. kap. 5.3.4

sikker rett at også dette innfortolkes i fair trial-prinsippet.⁴⁷ EMD uttaler blant annet i saken John Murray mot Storbritannia at:

”Although not specifically mentioned in Article 6 (art. 6) of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6 (art. 6)”⁴⁸

At vernet mot selvinkriminering, og da særlig retten til å ikke bidra til egen domfellelse, innfortolkes i fair trial-prinsippet uttales også i EMD-dommen Saunders v. the United Kingdom:⁴⁹

”The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2)”⁵⁰

EMD presiserer her at det er en nær forbindelse mellom vernet mot selvinkriminering og uskyldspresumpsjonen som er hjemlet i EMK art. 6 nr 2. At disse har en nær sammenheng er en følge av at fremtvingelse av skylderkjennelse ofte bygger på en forutsetning om at siktede er skyldig.⁵¹

Hva som materielt inngår i selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 er et spørsmål av sentral betydning for oppgaven. Effektivitetsbetraktninger er som nevnt et relevant tolkningsmoment ved tolkning av EMK.⁵² Det følger blant annet av saken Heaney and McGuinness v. the United Kingdom at det for vernet mot selvinkriminering må tas utgangspunkt i et slikt effektivitetsprinsipp. EMD uttaler om selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6:

”(...) must be interpreted in such a way as to guarantee rights which are *practical and effective* as opposed to theoretical and illusory”⁵³

⁴⁷ Følger av en bred rettspraksis, som vil bli redegjort for i løpet av oppgaven.

⁴⁸ Jf. John Murray v. the United Kingdom, avsn. 45

⁴⁹ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 68

⁵⁰ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 68 nederst

⁵¹ Sml. NOU 2003:15 kap. 5.7.12.1

⁵² Jf. kap. 1.3

⁵³ Jf. Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 45, mine kursiveringer.

Det overnevnte sitat er et utslag av EMDs doktrine om at fair trial-vurderingen skal innebære en konkret helhetsvurdering av om vernet har vært reelt, og ikke kun bestå av teoretiske enkeltregler.⁵⁴ Ved vurderingen om det foreligger konvensjonsbrudd som følge av at retten til vern mot selvinkriminering er krenket vil det dermed bli lagt vekt på effektivitetsbetraktninger.

For spørsmålet om hva som inngår i EMKs selvinkrimineringsvern er et annet viktig moment om selvinkrimineringsvernet kun rammer informasjon som er objektivt sett inkriminerende. Det følger av Saunders-dommen at i tillegg til direkte selvinkriminerende informasjon vernes også indirekte selvinkriminerende informasjon. EMD uttaler:

”In any event, bearing in mind the concept of fairness in Article 6 (art. 6), the right not to incriminate oneself cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which are directly incriminating.”⁵⁵

EMD uttaler videre at bruk av informasjon som ikke er direkte inkriminerende kan medføre konvensjonsbrudd avhengig av hvordan informasjonen blir benyttet i en senere straffesak. Dette underbygges også i dommen *Staines v. the United Kingdom*.⁵⁶ I denne saken ble informasjon Staines hadde avgitt under en lovpålagt opplysningsplikt benyttet mot ham i en straffesak. EMD uttalte at det faktum at den pliktmessige avgitte informasjonen var ”exculpatory”, altså ikke inkriminerende, ikke i seg selv innebar at det ikke kunne foreligge konvensjonsbrudd dersom informasjonen ble benyttet i en straffesak.⁵⁷

2.6.3 Helhetsvurderingen av om det har vært en ”fair trial”

Som nevnt favner oppgaven to situasjoner; situasjonen på kontrollstadiet og situasjonen under en straffesak. Spørsmålet i begge situasjonene er om retten til en rettferdig rettergang (fair trial) er krenket, da med henblikk til selvinkrimineringsvernet, jf. EMK art. 6 nr. 1. Det følger av rettspraksis fra EMD at grensedragningen i begge situasjonene vil bero på konkrete interesseavveininger.

⁵⁴ Jf. Torgersen (2009) s. 74.

⁵⁵ Jf. *Saunders v. the United Kingdom*, avsn. 71,

⁵⁶ Jf. *Staines v. the United Kingdom*

⁵⁷ Jf. fjerde nederste avsnitt i dommen.

For situasjonen på kontrollstadiet vil grensedragningen for om selvinkrimineringsvernet (særlig retten til å forholde seg taus) har vært krenket bero på en konkret helhetsvurdering der utgangspunktet for hvilke momenter som er relevante fremkommer av EMDs storkammersak *O'Halloran and Francis v. the UK*.⁵⁸ Hvilke momenter som rettspraksis anser som relevante, og vektingen av nevnte momenter i rettspraksis, vil fremgå av kapittel 5. EMD opererer altså med et relativisert fair-trial-begrep (og selvinkrimineringsvern) på kontrollstadiet.

For situasjonen under en straffesak vurderes hele prosessen samlet opp mot kravet om en rettferdig rettergang – man vurderer følgelig ikke hver enkelt del av bevisføringen for seg. At bevisføringen på et sted ikke i tilstrekkelig grad verner retten til vern mot selvinkriminering (særlig retten til ikke å bidra til egen domfellelse) medfører dermed ikke nødvendigvis at beviset ikke kan føres.⁵⁹ Svakheter ved én side av prosessen kan veies opp dersom andre deler av prosessen er tilstrekkelig god. En slik svakhet vil imidlertid kunne være et svært viktig moment i helhetsvurderingen av om det har vært en rettferdig rettergang (fair trial). Det sentrale, og overordnede vurderingstema, er om prosessen under ett kan anses som ”fair”. EMD opererer følgelig med et relativt fair trial-begrep også her. Hva gjelder de enkelte momenter i selve interesseavveiningen så vil dette fremgå av kap. 6.

2.6.4 Siktelsesbegrepet etter EMK art. 6 nr. 1

Begrepet ”criminal charge” (straffesiktelse) i EMK art. 6 nr. 1 må etter rettspraksis og juridisk teori tolkes autonomt etter EMDs egen tolkning av begrepet.⁶⁰ EMD benytter følgelig et reelt, i motsetning til formelt, siktelsesbegrep. En siktelse i EMKs forstand er dermed ikke synonymt med siktelsesbegrepet i strprl. § 82. En stat som har ratifisert EMK kan derfor ikke innsnøvre virkeområdet til retten til en rettferdig rettergang gjennom formelt å definere det som EMD betegner som straffesiktelse som noe annet i intern rett, for dermed å omgå EMKs regelverk.⁶¹ At en stat derimot kan definere handlinger som strafferettslige og dermed føre dem inn under EMK art. 6 nr. 1 er klart.⁶² Dette er derfor et ”enveiskriterium” etter EMDs rettspraksis.

⁵⁸ Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*

⁵⁹ Jf. Torgersen (2009) s. 243

⁶⁰ Jf. *Engel and others v. the Netherlands* og *Deweert v. Belgium*, avsn. 42

⁶¹ Inspirert av *White and Ovey* (2010) s. 243

⁶² Jf. *Engel and others v. Netherlands* avsn. 81, sml. Rt. 2002 s. 509 på s. 519 øverste avsnitt som også påpeker at det kan tenkes unntak fra dette, jf. *W.S v. Poland* (avvisningsavgjørelse)

Det faktum at EMD benytter et autonomt siktelsesbegrep er sentralt for oppgaven – særlig for situasjonen på kontrollstadiet, men også for situasjonen under en straffesak. At det foreligger en siktelse (i EMDs forstand) vil være et premiss for at et selvinkrimineringsvern kan påberopes for situasjonen på kontrollstadiet. Der pliktmessig avgitt informasjon benyttes i en straffesak, vil spørsmålet om det forelå en siktelse på avgivelsestidspunktet være et relevant moment i helhetsvurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket.

Å gi en fullstendig redegjørelse for hva som faller inn under begrepet ”criminal charge” vil bli for omfattende. I kap. 4.3 vil jeg belyse i hvilken grad muligheten for sanksjoner dersom en informasjonsplikt ikke blir etterfulgt på kontrollstadiet i seg selv kan utgjøre en ”siktelse” (charge). I kap. 5.4.5 vil jeg belyse betydningen av om pliktsubjektet var utsatt for en ”siktelse” (charge) da informasjonen ble avgitt for bevisavskjæringsvurderingen under en straffesak.

2.7 Vernet mot selvinkriminering i SP

2.7.1 Generelt om innholdet i SP art. 14

I tillegg til EMK, så er Den Internasjonale Konvensjonen om Sivile og Politiske Rettigheter (heretter SP) en sentral menneskerettighetskonvensjon for norsk retts vedkommende. Også denne er inntatt ved menneskerettsloven og i likhet med EMK gitt forrang foran annen ordinær lov ved strpr. § 4 (1) og mnskrl. § 3. I likhet med EMK følger det et krav om en rettferdig rettergang også av denne konvensjonen, jf. art. 14. Til forskjell fra EMK art. 6, der vernet mot selvinkriminering er innfortolket, så følger dette vernet direkte av konvensjonen i SP art. 14 (3) g. Det følger av nevnte artikkel at for en person som utsettes for en sak som omfattes av begrepet ”criminal charge” forutsettes retten til å ”not to be compelled to *testify* against himself or to *confess guilt*”.

På tross av at ordlyden i SP art 14 (3) g eksplisitt nevner vernet mot selvinkriminering, så presiserer denne ordlyden bare til en viss grad det materielle innholdet i dette vernet. Det foreligger i tillegg svært lite rettspraksis som presiserer det nærmere innholdet i SP art. 14 (3) g.⁶³ Dette medfører at av de internasjonale konvensjonene Norge er bundet av, og som omhandler selvinkrimineringsvern, så er det EMK som i praksis er den mest sentrale. Jeg vil derfor ikke redegjøre videre for hva som er innholdet i SP art 14 (3) g.

⁶³ Jf. Johansen (2009) s. 49

3 Lovpålagte opplysningsplikter

3.1 Temaet for kapittelet

Oppgavens overordnede tema er det spenn som kan foreligge mellom benyttelse eller innhenting av forklaringer fra lovpålagte opplysningsplikter og selvinkrimineringsvernet. Det er dermed helt sentralt å redegjøre for hvilke typer opplysningsplikter overfor forvaltningen som finnes i norsk rett. Det er også sentralt å belyse hvilke av opplysningspliktene som potensielt kan stå i et spenn med selvinkrimineringsvernet dersom informasjon innhentes under tvang eller benyttes i en straffesak. Hva begrunnelsen er for at disse opplysningspliktene eksisterer vil også være sentralt for oppgavens tema.

3.2 Generelt om lovpålagte opplysningsplikter

Utgangspunktet i norsk rett er at privatpersoner ikke har plikt til å oppgi informasjon til offentlige myndigheter med mindre annet er særskilt fastsatt, enten i lov eller vedtak. Det finnes flere eksempler på slike bestemmelser som innebærer at enkeltpersoner har en vidtgående informasjonsplikt overfor det offentlige. Denne typen opplysningsplikter innebærer at man, etter pålegg fra det offentlige eller på eget initiativ, skal forklare seg eller dokumentere visse fakta overfor det relevante offentlige organ. Det uttales, blant annet i forarbeidene til konkurranseloven, at som følge av at en slik opplysningsplikt innebærer et inngrep i den private rettssfære så bør det bare være i særlige tilfelle at lovgivningen utstyrer et forvaltningsorgan med straffesanksjonerte regler om opplysningsplikt.⁶⁴

Formålet med en slik opplysningsplikt vil variere alt ettersom hvilken opplysningsplikt det er snakk om, men generelt kan det sies at slike opplysningsplikter skal sikre at forvaltningen har tilstrekkelig opplysninger til å kunne utføre den jobben de er satt til. Slike opplysningsplikter er derfor begrunnet i hensynet til en effektiv og hensiktsmessig forvaltning av samfunnets fellesgoder.⁶⁵

Følgene av å ikke etterkomme slike opplysningsplikter på kontrollstadiet vil være sanksjoner av ulik art. Sanksjonene vil variere ettersom hvilken opplysningsplikt det er snakk om, og omfatter blant annet bøter og fengselsstraff.

⁶⁴ Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov kap. 7.3.1

⁶⁵ Jf. NOU 2003:15 kap. 5.7.12.1

At brudd på en opplysningsplikt i visse tilfeller er straffesanksjonert innebærer at det kan eksistere et spenn mellom disse og vernet mot selvinkriminering. Forutsetningen for at nevnte spenn skal foreligge er at informasjonsplikten må favne også potensielt selvinkriminerende informasjon. Et eksempel på at en lovpålagt opplysningsplikt ikke omfatter selvinkriminerende informasjon finnes i verdipapirhandelloven § 15-3 (5), der det fremgår at enhver har rett til å nekte å svare på spørsmål eller utlevere dokumenter eller gjenstander ”når svaret eller utleveringen vil kunne utsette vedkommende for straff eller straffelignende sanksjon”.

På kontrollstadiet vil en forutsetning for at selvinkrimineringsvernet kan innebære en sperre for sanksjonering av taushet være at det foreligger en siktelse; enten formelt eller etter EMKs autonome siktelsesbegrep. Under en straffesak er forutsetningen for at selvinkrimineringsvernet kan medføre en rettslig skranke for benyttelse av informasjon fra en opplysningsplikt at informasjonen rettmessig kan videreformidles fra mottakerorganet til politiet.⁶⁶ Det finnes imidlertid eksempler på at benyttelse av informasjon fra lovpålagte forklaringsplikter i en straffesak reguleres av et særskilt, lovfestet bevisforbud i spesiallovgivningen.⁶⁷ Det er temaet i det neste kapittelet.

3.3 Lovpålagte opplysningsplikter med et tilhørende lovfestet bevisforbud

I norsk lovverk er det eksempler på at det i en og samme lov forekommer både en lovpålagt opplysningsplikt og et bevisforbud for bruk i straffesak av pliktmessig avgitt informasjon. Det er spesielt i lovgivning vedrørende undersøkelseskommisjoner at man finner slike særskilte, lovfestede bevisforbud. Eksempler på slik lovgivning er vegtrafikkloven § 49, sjøloven § 477 (3), luftfartsloven § 12-24 og jernbaneundersøkelsesloven § 24.

At påtalemyndigheten ville hatt bedre forutsetninger for å kunne sikre at straffbar adferd fikk rettslige følger dersom de kunne benytte seg av informasjon som er innhentet fra havarikomisjonene må være klart. Her vil man imidlertid kunne trå vernet mot selvinkriminering svært nær, og det uttales i forarbeidene til Lov om offentlige undersøkelseskommisjoner at et lovfestet bevisforbud begrunnes i at man søker å unngå konflikt mellom selvinkrimineringsvernet og en utvidet forklaringsplikt.⁶⁸

⁶⁶ Jf. Øyen (2010) s. 252

⁶⁷ Jf. kap. 3.3

⁶⁸ Jf. NOU 2009:9 Lov om offentlige undersøkelseskommisjoner kap. 13.3.2

Lovgiver har gjennom å lovfeste et særskilt bevisforbud ansett at kommisjonens sentrale oppgave er å få frem den materielle sannhet. Det uttales i forarbeidene at:

”For de ansvarlige myndighetene er det helt avgjørende å motta flest mulig opplysninger som kan belyse årsakene til ulykker. I proposisjonen foreslås det derfor et sett av regler som vil bidra til at personer som har viktige opplysninger ikke skal behøve å frykte negative konsekvenser av å gi opplysningene til myndighetene gjennom skriftlige rapporter eller muntlige forklaringer.”⁶⁹

Det sentrale formålet med å lovfeste de særskilte bevisforbudene i spesiallovgivningen har følgelig vært å sikre at de involverte partene ikke vegrer seg for å forklare seg for undersøkelseskomisjonene som følge av muligheten for at opplysningene senere kan bli brukt mot dem i en straffesak.

At det følger et særskilt bevisforbud i spesiallovgivningen medfører ikke at eventuelle lovbrudd på disse rettsområdene nødvendigvis vil gå ustraffet hen. Begrensningen ligger i at politiet ikke kan benytte seg av informasjon fra forklaringer eller skriftlige rapporter gitt overfor en havarikommisjon i en eventuell straffesak.

3.4 Lovpålagte opplysningsplikter uten eksplisitt bevisforbud

Selv om det finnes noen eksempler i norsk rett på at en lovpålagt opplysningsplikt overfor det offentlige etterfølges av et lovfestet bevisforbud i den samme loven, så er det normale likevel at bevisavskjæringsadgangen vil bero på andre grunnlag. Det er da vernet mot selvinkriminering, slik det er innfortolket i EMK art. 6 nr. 1, som vil utgjøre en potensiell rettslig skranke for bevisføring.

Eksempler på opplysningsplikter overfor det offentlige, der det ikke foreligger et eksplisitt bevisforbud i spesiallovgivningen, er blant annet konkurranseloven § 24 (1), markedsføringsloven § 33, konkursloven § 101, forurensningsloven § 49, merverdiavgiftsloven § 16-1 og ligningsloven kap. 4.

Da lovpålagte opplysningsplikter finnes flere steder i lovgivningen vil det bli for omfattende å redegjøre konkret for hver enkelt bestemmelse. Jeg vil derfor i det følgende ta utgangspunkt i

⁶⁹ Jf. Inst.O. nr. 82 (2004-2005) kap 1.1

opplysningsplikten som følger av konkurranselovens § 24 for å eksemplifisere hva som generelt ligger i slike opplysningsplikter. At jeg benytter konkurranselovens bestemmelse følger av at det her foreligger omfattende forarbeider, juridisk teori og (til dels) rettspraksis.

Konkurranseloven⁷⁰ § 24 (1) lyder som følger:

”Enhver plikter å gi konkurransemyndighetene de opplysninger som disse myndigheter krever for å kunne utføre sine gjøremål etter loven eller for å kunne oppfylle Norges avtaleforpliktelser overfor en fremmed stat eller en internasjonal organisasjon. Opplysningene kan kreves gitt skriftlig eller muntlig innen en fastsatt frist både fra enkelte og fra grupper av foretak og kan nedtegnes og lagres som lydopptak.”

Bestemmelsen er et eksempel på en vid opplysningsplikt som også omfatter potensielt selvinkriminerende informasjon. Dette følger indirekte av ordlyden i bestemmelsen, da man plikter å gi ”de opplysninger som disse myndigheter krever”, uten at det tas noe forbehold om at selvinkriminerende informasjon ikke må utleveres.

Etter ordlyden påligger plikten ”enhver”. Dette indikerer at det er en svært generell opplysningsplikt. Etter ordlyden følger det videre at formålet med opplysningsplikten er å sikre at konkurransemyndighetene kan ”utføre sine gjøremål” eller eventuelt ”oppfylle Norges avtaleforpliktelser” overfor stater eller internasjonale organisasjoner. Opplysningsplikten skal altså sørge for at konkurransemyndighetene har best mulige forutsetninger for å utføre jobben de er satt til.

Følgen av å ikke etterfølge opplysningsplikten i kkrl. § 24 følger av kkrl. § 32 og vil være bøter eller fengsel.⁷¹ Det fremgår av forarbeidene til konkurranseloven at dette kan medføre at det foreligger et spenn mellom opplysningsplikten og selvinkrimineringsvernet man tilkjennes i straffesaker.⁷² Vernet mot selvinkriminering på kontrollstadiet er betinget av at det foreligger en siktelse etter EMKs autonome begrepsbruk på det tidspunktet pliktsubjektet pålegges å etterkomme en opplysningsplikt.⁷³ Det uttales følgende i forarbeidene om hvorvidt en slik siktelse kan foreligge ved innhenting av informasjon etter konkurranselovens bestemmelser:

⁷⁰ Lov av 5. mars 2004 nr. 12, heretter kkrl.

⁷¹ For foretak vil sanksjonen være overtredelsesgebyr, jf kkrl. § 29. Dette faller imidlertid utenfor oppgaven, jf. kap. 1.2.

⁷² Jf. NOU 2012:7 mer effektiv konkurranselov kap. 7.3.2

⁷³ Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 80

”Gjennomgangen viser at det ikke kan utelukkes at en person vil kunne være ”straffsiktet” når Konkurransetilsynet innhenter informasjon etter konkurranseloven § 24 på et tidspunkt hvor påtalemyndigheten ikke er koblet inn i saken. Dette kan for eksempel tenkes i tilfeller hvor en privatperson får sin bolig ransaket i forbindelse med en bevissikring. Videre vil det samme antagelig bli resultatet dersom Konkurransetilsynets undersøkelser retter seg mot å fastslå at personen har begått et brudd på konkurranseloven.”⁷⁴

I hvilke tilfeller det foreligger et selvinkrimineringsvern allerede ved innhenting av informasjon fra en opplysningsplikt vil være temaet i det neste kapittelet.

4 Selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet

4.1 Temaet for kapittelet

Temaet i det følgende kapittelet er selvinkrimineringsvernets rekkevidde i forhold til en lov- pålagt opplysningsplikt overfor forvaltningen i situasjoner der pliktsubjektet ikke er utsatt for en formell straffesak av nasjonale påtalemyndigheter og domstoler. I disse situasjonene er man på det som i teorien kalles ”kontrollstadiet”. Dersom pliktsubjektet, ved å ikke etterkomme opplysningsplikten, risikerer å bli utsatt for en sanksjon fra det offentlige, så kan dette krenke vernet mot selvinkriminering. Det er da særlig retten til å forholde seg taus - et sentralt aspekt av selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1 - som vil kunne være krenket.

Rettsikkerhetsgarantiene i EMK art. 6, da også selvinkrimineringsvernet, er betinget av at det foreligger en ”siktelse” (charge) etter EMKs autonome begrepsbruk.⁷⁵ Det følger av EMDs praksis at begrepet ”charge” skal benyttes som et materielt begrep, og ikke et formelt.⁷⁶ Dette innebærer at det er hva den relevante opplysningsplikten reelt medfører for den enkelte som er avgjørende – ikke hvordan statene selv rubriserer forholdet.⁷⁷ Momentene i grensedragningen for hvorvidt det foreligger en ”siktelse” (charge) på kontrollstadiet vil følge av EMDs praksis, da det er EMD selv som autonomt utvikler begrepet.⁷⁸

⁷⁴ Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 80

⁷⁵ At begrepet er autonomt er redegjort for i kap. 2.6.4.

⁷⁶ Jf. CASE of Deweer v. Belgium avsn. 44

⁷⁷ Statenes rubrisering av forholdet vil imidlertid ha betydning der dette medfører en utvidelse av virkeområdet til rettsikkerhetsgarantiene i EMK art. 6 nr. 1, jf. redegjørelsen i kap. 2.6.4.

⁷⁸ Jf. Serves v. France, avsn. 42

I kap. 4.2 vil de hensynene som taler mot et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet redegjøres for. Teamet for kapittel 4.3 er i hvilke situasjoner man etter EMKs autonome begrepsbruk er utsatt for en ”charge”, men verken anses som siktet eller mistenkt etter nasjonal lovgivning. Kapittel 4.4 omhandler selvinkrimineringsvernets materielle rekkevidde der det foreligger en siktelse (charge).

4.2 Hensyn som taler mot et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet

Det er av interesse for oppgavens tema å belyse hvilke hensyn som taler mot et selvinkrimineringsvern (og mot et vidt siktelsesbegrep) allerede på kontrollstadiet. I kap. 2.3 ble hensynene som taler mot et vidt selvinkrimineringsvern belyst mer generelt. I dette kapittelet vil jeg redegjøre for hensynene på kontrollstadiet spesielt. Vektige mothensyn mot et selvinkrimineringsvern fremkommer blant annet av EMD-dommen *Saunders v. the United Kingdom*.⁷⁹ I denne saken hadde Saunders avgitt forklaringer under en lovpålagt opplysningsplikt til det britiske handels- og industridepartementet. Dersom Saunders ikke etterkom opplysningsplikten kunne dette medføre bøtestraff eller fengsel i inntil to år. Opplysningene ble senere brukt som bevis i en straffesak mot ham. EMD presiserer at det er bruken av forklaringene under den etterfølgende straffesaken mot ham som er det sentrale spørsmålet for retten. Retten adresserer imidlertid først, på tross av at det ikke var påberopt, det faktum at en siktelse (charge) kunne foreligge etter EMKs autonome begrepsbruk allerede før dette tidspunkt, dvs. på kontrollstadiet.⁸⁰ At disse uttalelsene utgjør et obiter dictum, som følge av at de ikke hadde betydning for utfallet i dommen, har liten betydning da EMD her kun oppsummerer tidligere praksis fra domstolen.⁸¹ For denne konkrete saken, som handlet om informasjon om svært komplekse finansielle spørsmål, uttaler EMD:

”As stated in that case [*Fayed v. UK*] a requirement that such a preparatory investigation should be subject to the guarantees of a judicial procedure as set forth in Article 6 para. 1 (art. 6-1) would in practice *unduly hamper the effective regulation* in the public interest of complex financial and commercial activities.”⁸²

EMD påpeker her at et utvidet siktelsesbegrep og et selvinkrimineringsvern allerede på kontrollstadiet ville innebære et urimelig hinder for en effektiv regulering i det offentliges interesse. Dommen indikerer at dette er et viktig hensyn mot et selvinkrimineringsvern på forkla-

⁷⁹ Jf. *Saunders v. the United Kingdom*

⁸⁰ Jf. *Saunders v. the United Kingdom* avsn. 67.

⁸¹ Flere dommere dissenterter også på dette punktet.

⁸² Jf. *Saunders v. the United Kingdom*, avsn. 67, mine kursiveringer

ringsstadiet. Poenget med en lovpålagt opplysningsplikt er hovedsakelig å sikre at forvaltningen har tilstrekkelige opplysninger til å utføre jobben de er satt til. Svært mange av de lovpålagte opplysningspliktene omhandler omfattende og komplisert informasjon som det ville blitt svært vanskelig for forvaltningen å oppdrive dersom et selvinkrimineringsvern kan påberopes allerede på kontrollstadiet.

4.3 Hvorvidt det foreligger en "siktelse" (charge)

4.3.1 Hvorvidt pliktsubjektets situasjon er blitt "vesentlig påvirket"

I EMDs sak *Corigliano v. Italy*⁸³ uttaler EMD seg om hva som skal til for at en siktelse foreligger allerede på kontrollstadiet. EMD uttaler:

"Whilst "charge", for the purposes of Article 6 § 1 (art. 6-1), may in general be defined as *"the official notification given to an individual by the competent authority of an allegation that he has committed a criminal offence"*, it may in some instances take the form of other measures which carry the implication of such an allegation and which likewise *substantially affect* the situation of the suspect (...)." ⁸⁴

I tillegg til situasjonen der pliktsubjektet er formelt siktet kan det altså foreligge en siktelse (charge) der pliktsubjektets situasjon er blitt "vesentlig påvirket" (substantially affected). Dette kriteriet presiseres ytterligere i en rekke dommer fra EMD.

Av EMDs praksis fremgår det at hvordan politi og domstoler anser pliktsubjektets situasjon på kontrollstadiet, selv om det ikke er åpnet en formell straffesak, kan ha betydning for om dennes situasjon er blitt "vesentlig påvirket".⁸⁵ Dette er i forarbeidene til konkurranseloven blitt beskrevet som hvorvidt det foreligger en "tilkjenneviselse fra dertil kompetent myndighet".⁸⁶ I saken *Serves v. France* vurderte EMD hvorvidt Serves, som var innkalt som vitne for en militærdomstol og dermed ikke straffesiktet, likevel kunne være utsatt for en "charge".⁸⁷ Det forelå en ganske klar mistanke mot Serves, og EMD påpeker at han var nevnt både i forundersøkelsene rundt drapene som var begått, samt i beskjeder mellom militærpolitiet og på-

⁸³ Jf. *Corigliano v. Italy*

⁸⁴ Jf. *Corigliano v. Italy*, avsn. 34, mine kursiveringer

⁸⁵ Jf. Øyen (2010) s. 148

⁸⁶ Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov s. 80

⁸⁷ Jf. *Serves v. France*

talemyndigheten.⁸⁸ Retten konkluderte med at Serves på dette stadiet var utsatt for en ”siktelse” (charge). Etter EMDs praksis kan dermed en tilstrekkelig klar mistanke fra politiet eller domstoler på kontrollstadiet medføre at det foreligger en ”siktelse” (charge) på tross av at personen ikke er formelt siktet. Dette som følge av at siktedes situasjon kan anses som å ha blitt ”vesentlig påvirket” (substantially affected).

Også EMDs sak Weh v. Austria presiserer nærmere hva som kreves for at en persons situasjon kan anses som ”vesentlig påvirket” (substantially affected).⁸⁹ Faktum i saken var at en bil var blitt tatt i fartskontroll, og eieren av bilen ble pålagt, under trussel om bot, å opplyse hvem som hadde kjørt den i det aktuelle tidsrommet.⁹⁰ Eieren av bilen, Weh, oppga deretter det som ble ansett som mangelfull informasjon.

Det faktum at Weh, som eier av bilen, måtte opplyse om hvem som hadde kjørt den var etter EMDs skjønn ikke i seg selv inkriminerende.⁹¹ EMD uttalte om sammenhengen mellom informasjonsplikten og en eventuell straffesak:

” (...) the link between the applicant's obligation under section 130 § 2 of the Motor Vehicles Act to disclose the driver of his car and possible criminal proceedings for speeding against him remains *remote and hypothetical*. However, without a *sufficiently concrete link* with these criminal proceedings the use of compulsory powers (i.e. the imposition of a fine) to obtain information does not raise an issue with regard to the applicant's right to remain silent and the privilege against self-incrimination.”⁹²

For vurderingen om hva som skal til for at en persons situasjon er blitt ”vesentlig påvirket” (substantially affected) vektlegger altså EMD om det foreligger en ”tilstrekkelig grad av nærhet” (sufficiently concrete link) mellom kravet mot pliktsubjektet om avgivelse av opplysninger og en eventuell straffesak. Denne sammenhengen kan ikke være ”fjern og hypotetisk” (remote and hypothetical). EMD indikerer, gjennom å sammenligne saksforholdene med tidligere saker for domstolen, at det i denne saken ikke forelå en tilstrekkelig ”konkret mistanke” (specific suspicion) mot Weh.⁹³ Denne saken skilte seg også fra andre saker for domstolen

⁸⁸ Jf. Serves v. France avsn. 42

⁸⁹ Jf. Weh v. Austria

⁹⁰ Inspirert av Øyen (2010) s. 148

⁹¹ Jf. Weh v. Austria, avsn. 54

⁹² Jf. Weh v. Austria, avsn. 56, benyttelse av dom inspirert av Øyen (2010) s. 149. Mine kursiveringer.

⁹³ Jf. Weh v. Austria avsn. 52

som følge av at nærheten til en straffesak ikke kunne bli beskrevet som ”pending or (...) at least anticipated”.⁹⁴

EMD kom etter dette til at det ikke forelå noen siktelse (charge) mot Weh. Dommen ble imidlertid avsagt under skarp dissens (4 mot 3).

Mindretallet i EMD mente på den annen side at det var en tilstrekkelig sammenheng mellom informasjonsplikten og en eventuell straffesak mot Weh til at det forelå en ”siktelse” (charge). Mindretallet uttalte:

”Looking behind the appearances at the reality of the situation, criminal proceedings for speeding were with some probability contemplated against the applicant. In our opinion the request under section 103 § 2 was no more than a preliminary to such proceedings against the applicant (...)”⁹⁵

Det er av sentral interesse at mindretallet altså ikke synes å være uenige med flertallet om hvilke momenter som er relevante for vurderingen. Mindretallets dissenterende standpunkt må tas til inntekt for at de vurderer de faktiske forholdene annerledes enn flertallet. Dette er av betydning for forståelsen av den etterfølgende rettspraksis.

I storkammersaken *O’Halloran and Francis v. The United Kingdom* endret EMD kurs.⁹⁶ Saksforholdene var svært like som i *Weh*-saken.⁹⁷ Også her gjaldt saken et pålegg til bileier, under trussel om bot, om å opplyse om identiteten til personen som hadde kjørt bilen i for høy fart forbi en fartskontroll. Dommen omhandler imidlertid to personer, henholdsvis *O’Halloran* og *Francis*, hvorav kun sistnevnte nektet å etterkomme forklaringsplikten. Det er følgelig kun hans vern mot selvinkriminering som er relevant i dette henseende.⁹⁸

EMD uttaler i avsn. 35:

”The Court finds that the applicants were “substantially affected” by the Notices of Intended Prosecution they received, such that they were “charged” with their respective speeding offences within the autonomous meaning of that term in Article 6 of the Convention (...) In any event, Article 6 of the Convention can be applicable to cases of compulsion to give evidence

⁹⁴ Jf. *Weh v. Austria* avsn. 52

⁹⁵ Jf. *Weh v. Austria*, mindretallet avsn. 1

⁹⁶ Jf. *O’Halloran and Francis v. The United Kingdom*

⁹⁷ Jf. Øyen (2010) s. 149

⁹⁸ Bruken av *O’Hallorans* forklaringer i etterfølgende straffesak er temaet i kap. 5.

even in the absence of any other proceedings, or where an applicant is acquitted in the underlying proceedings (...)"

EMD fastslår altså ganske kort at Francis på kontrollstadiet var "vesentlig påvirket" (substantially affected) og dermed utsatt for en "siktelse" (charge). Domstolen gir imidlertid ingen lengre begrunnelse for hvorfor den kom til at en siktelse forelå allerede på dette stadiet. Vurderingstemaene som fremgikk av Weh-dommen, hhv. "remote and hypothetical" og "sufficiently concrete link" nevnes ikke. Det er imidlertid lite som tyder på at EMD av den grunn fraviker momentene som ble vektlagt i Weh-dommen. Når EMD kommer til et annet resultat i en såpass lik sak tar Øyen dette til inntekt for at domstolen har lagt seg på en mer "realistisk" linje for hva som kreves av sammenheng mellom informasjonsplikten og en etterfølgende straffesak.⁹⁹ Denne tolkningen av EMDs kursendring i O'Halloran og Francis-dommen synes etter min mening å være grunnlagt svært godt, særlig med tanke på mindretallets uttalelser i Weh-saken som synes å følge denne mer "realistiske" linjen. Det har forutsetningen imot seg at EMD har benyttet andre kriterier, da dette i så fall ville ha fremgått av dommen.

I saken Luckhof and Spanner v. Austria¹⁰⁰ var forholdene for Luckhofs del svært likt slik forholdene var for Francis og Weh.¹⁰¹ Luckhof var eier av en bil som hadde passert en fartskontroll i for høy fart, og var pålagt under en straffesanksjonert opplysningsplikt å opplyse om hvem som hadde kjørt bilen. EMD uttaler i avsn. 49 at i likhet med Francis så var Luckhof "substantially affected", og det forelå dermed en "charge" etter EMDs autonome begrepsbruk. Saken er interessant som følge av at samme østerrikske lovbestemmelse som ble benyttet i Weh-saken ble benyttet mot Luckhof og Spanner. EMD kom likevel til et resultat i tråd med den nye linjen i O'Halloran og Francis-saken. Også dette indikerer at EMD har lagt seg på en mer "realistisk" linje for sammenhengen mellom en opplysningsplikt og en eventuell straffesak.

4.3.2 Oppsummering av rettstilstanden

Av rettspraksis følger det at en siktelse (charge) kan foreligge allerede på forklaringstidspunktet på tross av at en formell siktelse ikke foreligger. Vilkåret er at pliktsubjektets situasjon er blitt "vesentlig påvirket" (substantially affected). Det følger av EMDs praksis at dette er tilfellet der det foreligger en tilkjenneivelse fra en kompetent myndighet, slik tilfellet var i Serves-saken, eller at det er en tilstrekkelig nærhet mellom informasjonsavgivelsen og en eventu-

⁹⁹ Jf. Øyen (2010) s. 150

¹⁰⁰ Jf. Luckhof and Spanner v. Austria

¹⁰¹ Bruken av dommen er inspirert av Øyen (2010) s. 150

ell straffesak. Mye taler for at vurderingstemaene som fremgikk av Weh-dommen hva gjelder denne "nærheten" fortsatt er av betydning - dette til tross for at de ikke nevnes i storkammersaken O'Halloran and Francis v. the United Kingdom. Det er også mye som taler for at EMD har lagt seg på en mer "realistisk linje", dvs. at de har senket terskelen noe, for hva som kreves av sammenheng mellom informasjonsavgivelse og en eventuell etterfølgende straffesak.

4.4 Materielt selvinkrimineringsvern der det foreligger en "charge" på kontrollstadiet

4.4.1 Generelt om situasjoner der det foreligger en "charge"

Rettspraksis frem til og med storkammersaken O'Halloran og Francis var forholdsvis entydig; dersom det forelå en "charge" etter EMKs begrepsbruk kunne man påberope seg rettssikkerhetsgarantiene oppstilt i EMK art. 6 nr. 1, herunder selvinkrimineringsvernet.¹⁰² Ileggelse av sanksjoner etter en lovpålagt forklaringsplikt dersom pliktsubjektet ikke etterkom denne innebar følgelig et brudd med retten til å forholde seg taus dersom selve innhentingene medførte en "charge". Innledningsvis i O'Halloran og Francis-saken konstateres denne til da konsekvente rettspraksisen. EMD uttaler:

"It is true, as pointed out by the applicants, that in all the cases to date in which "direct compulsion" was applied to require an actual or potential suspect to provide information which contributed, or might have contributed, to his conviction, the Court has found a violation of the applicant's privilege against self-incrimination"¹⁰³

EMD foretar så en kursendring og påpeker at et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet likevel ikke er absolutt. Vernet må følge av en helhetsvurdering av om rettergangen har vært rettfærdig (fair trial), jf. EMK art. 6 nr. 1. EMD uttaler:

"While the right to a fair trial under Article 6 is an unqualified right, what constitutes a fair trial *cannot be the subject of a single unvarying rule but must depend on the circumstances of the particular case.*"¹⁰⁴

¹⁰² Jf. Johansen (2009) s. 60

¹⁰³ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 53

¹⁰⁴ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 53, mine kursivering.

EMD relativiserer med dette selvinkrimineringsvernet. Selvinkrimineringsvernets rekkevidde på kontrollstadiet beror dermed på en konkret helhetsvurdering av de relevante fakta i saken. EMD presiserer i O'Halloran and Francis-saken at momentene som anses relevante fremkom av Jalloh-saken.¹⁰⁵ EMD uttaler:

"In the light of the principles contained in its Jalloh judgment, and in order to determine whether *the essence* of the applicants' right to remain silent and privilege against self-incrimination was infringed, the Court will focus on *the nature and degree of compulsion* used to obtain the evidence, *the existence of any relevant safeguards in the procedure*, and *the use to which any material so obtained was put*."¹⁰⁶

Hvorvidt det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet vil etter dette bero på om "kjernen" i denne rettigheten er krenket. EMD foretok i O'Halloran-saken en helhetsvurdering etter de opplistede momentene, og kom til at det i denne saken ikke hadde skjedd en krenkelse av "kjernen" i siktedes vern mot selvinkriminering og rett til å forholde seg taus. At det foreligger en siktelse (charge) på kontrollstadiet medfører etter EMDs kursendring i denne storkammersaken ikke nødvendigvis at pliktsubjektet kan påberope seg selvinkrimineringsvernet etter EMK art. 6 nr. 1.

At EMD relativiserer selvinkrimineringsvernet og foretar en konkret helhetsvurdering ut i fra de relevante momentene i sakene harmonerer bra med at formålsbetraktninger - da i form av effektivitetsbetraktninger - er en sentral tolkningsfaktor for EMK, jf. kap. 1.3.¹⁰⁷ Relativiseringen av selvinkrimineringsvernet taler for at EMD tillegger nevnte effektivitetsbetraktninger forholdsvis stor vekt. EMDs oppgave er å vurdere om rettergangen under ett har vært rettferdig, ikke oppstille teoretiske og rigide regler - noe et absolutt selvinkrimineringsvern ville kunne karakteriseres som. At EMDs oppgave ikke er å oppstille konkrete bevisavskjæringsregler, men er mer overordnet å vurdere om prosessen under ett har vært rettferdig følger av rettspraksis, jf. blant annet Jalloh-saken der EMD uttaler:

"It is therefore not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, evidence obtained unlawfully in terms of domestic law – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is *whether the proceedings as a whole*, including the way in which the evidence was obtained, *were fair*."¹⁰⁸

¹⁰⁵ Jf. Jalloh v. Germany

¹⁰⁶ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 55, mine kursiveringer.

¹⁰⁷ Hvilket også er påpekt i juridisk teori, jf. Johansen (2009) s. 62

¹⁰⁸ Jf. Jalloh v. Germany, avsn 95, mine kursiveringer.

EMDs uttalelse i O'Halloran og Francis-saken om at fair trial-vurderingen ikke kunne bero på "a single unvarying rule" harmonerer godt med dette.

4.4.2 Art og grad av tvang som er benyttet for å frembringe informasjon

Det følger av O'Halloran og Francis-saken at et moment i helhetsvurderingen av om selvinkrimineringsvernet er krenket på forklaringstidspunktet er den art og grad av tvang som er benyttet for å frembringe informasjonen (nature and degree of compulsion used to obtain the evidence). Det vil særlig være relevant om pliktsubjektet risikerer fengselsstraff eller bot, der førstnevnte sanksjon i størst grad taler for et selvinkrimineringsvern. Hvor lang fengselsstraff det er snakk om og hvor stor boten eventuelt vil være er også sentralt i vurderingen.¹⁰⁹ I denne saken kunne både bot og prikker på førerkortet kunne bli utfallet dersom Francis ikke etterkom opplysningsplikten. Fengsel var imidlertid ikke aktuelt. EMD uttalte i så henseende:

"(...) the penalty for declining to answer is "moderate and *non-custodial*"."¹¹⁰

EMDs uttalelser tyder på at hvilken sanksjonstype som er aktuell ved å ikke etterkomme opplysningsplikten, og da særlig om pliktsubjektet risikerer fengselsstraff, er et svært viktig moment i helhetsvurderingen.¹¹¹

Det faktum at EMD i stor grad vektlegger hvorvidt fengselsstraff kan være aktuelt fremgår også av andre dommer fra domstolen, og indikeres eksempelvis i saken Luckhof and Spanner v. Austria.¹¹² I denne dommen risikerte klagerne subsidiært fengselsstraff dersom en eventuell bot ikke ble betalt. EMD påpekte at muligheten for fengsel i denne saken ikke kunne være avgjørende, som følge av at en rekke betingelser måtte inntreffe for at dette skulle være aktuelt.¹¹³ Måten EMD ordlegger seg på, ved å indikere at det ikke er "avgjørende" at fengselsstraff kan være aktuelt, tilsier at EMD anser hvorvidt fengselsstraff er aktuelt som sanksjon som et viktig hensyn. Også i Heaney and McGuinness-saken synes EMD å anse det som et

¹⁰⁹ Jf. blant annet Luckhof and Spanner v. Austria avsn. 54

¹¹⁰ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 58, mine kursiveringer

¹¹¹ En av de dissenterende dommerne, Judge Pavlovski, vurderte det konkrete innholdet i tvangen som ble benyttet annerledes enn flertallet. Han påpekte at straffen for å ikke etterkomme opplysningsplikten var like stor som straffen for fartsoverskridelsen i seg selv. Han mente dermed at den art og grad av tvang som var benyttet var uproporsjonalt høy. Uenigheten går imidlertid her på vurderingen av de faktiske forhold, ikke på vektingen av momentet.

¹¹² Jf. Luckhof and Spanner v. Austria

¹¹³ Jf. Luckhof and Spanner v. Austria, avsn. 54

svært viktig hensyn i helhetsvurderingen at den aktuelle sanksjonen var i form av fengselsstraff.¹¹⁴

Et annet moment hva gjelder den art og grad av tvang som er benyttet for å frembringe informasjon som EMD anser som relevant, er omfanget av de opplysninger som kreves utlevert, jf. blant annet O'Halloran and Francis-dommen. I denne saken vektla EMD at pliktsubjektet kun skulle opplyse om hvem som hadde kjørt bilen i det aktuelle tidsrommet, og at denne opplysningsplikten kun aktualiserte seg når det forelå mistanke om lovbrudd.¹¹⁵ I Luckhof and Spanner v. Austria uttaler EMD i relasjon til dette at en informasjonsplikt begrenset til navnet på føreren av en bil på et bestemt tidspunkt var vesensforskjellig fra andre saker for domstolen der informasjonspliktene innebar at forvaltningen var berettiget til å kreve omfattende informasjon.¹¹⁶ Blant annet i Heaney and McGuinness-saken var pliktsubjektene pålagt å opplyse om alle deres bevegelser og handlinger innen visse tidsrom.¹¹⁷ Dette må sies å være en opplysningsplikt av et markert større omfang enn i de tidligere nevnte saker, og EMD uttalte at dette krenket "kjernen" i selvinkrimineringsvernet.¹¹⁸

EMD vektlegger altså om informasjonsplikten er i form av en vidtgående begjæring om å fremlegge en rekke uspesifiserte opplysninger eller om den fremstår mer begrenset til et spesielt område. Det sentrale er om "kjernen" i selvinkrimineringsvernet er krenket.

4.4.3 Eksistensen av rettssikkerhetsgarantier i prosessen

I O'Halloran og Francis-dommen uttalte EMD om hvorvidt det forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier i prosessen (existence of relevant safeguards in the procedure) at hvis eieren av bilen kunne bevise at han ikke visste hvem som hadde kjørt bilen i det aktuelle tidsrommet, så kunne han heller ikke straffes.¹¹⁹ Det samme momentet fremgikk i Luckhof and Spanner-dommen. Som påpekt av Torgersen vil imidlertid denne rettssikkerhetsgarantien kun være aktuelt for den uskyldige eller den løgnaktige.¹²⁰ I Heaney and McGuinness-saken synes det

¹¹⁴ Jf. Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 49 og 55.

¹¹⁵ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 58

¹¹⁶ Jf. Luckhof and Spanner v. Austria, avsn. 55, inspirert av Øyen (2010) s. 154

¹¹⁷ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 58

¹¹⁸ Jf. Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 55

¹¹⁹ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 59

¹²⁰ Jf. Torgersen (2009) s. 248.

som at EMD vektlegger at rettssikkerhetsgarantiene ikke innebar et tilstrekkelig reelt vern.¹²¹ EMD uttalte:

”Important as they are, the Court is, however, of the view that such protections *could only be relevant* to the present complaints if they could *effectively and sufficiently reduce the degree of compulsion imposed* by section 52 of the 1939 Act to the extent that *the essence of the rights at issue* would not be impaired by that domestic provision.”¹²²

Domstolen uttalte videre at de siktede i saken, på tross av de påståtte rettssikkerhetsgarantiene, stod ovenfor valget å enten etterkomme opplysningsplikten eller å potensielt straffes med fengsel i inntil 6 måneder.¹²³ EMD la vekt på at selve ”kjernen” i selvinkrimineringsvernet ble krenket på tross av rettssikkerhetsgarantiene som forelå. Rettssikkerhetsgarantiene ble følgelig ikke ansett tilstrekkelige i denne saken.

EMDs praksis indikerer forholdsvis konsekvent at det er et viktig moment om det foreligger tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier i prosessen. Domstolens vurderinger av de faktiske forhold for hva som reelt innebærer en slik rettssikkerhetsgaranti er imidlertid vanskeligere å trekke noen generelle konklusjoner ut ifra. Det sentrale synes imidlertid å være om rettssikkerhetsgarantiene kan redusere krenkelsen av selvinkrimineringsvernet i tilstrekkelig grad til at ”kjernen” i dette vernet ikke anses krenket.

4.4.4 Hvordan den pliktmessig avgitte informasjonen benyttes

For momentet som omhandler hvordan den pliktmessig avgitte informasjonen ble benyttet (the use to which any material so obtained was put), så følger det av O’Halloran og Francis-saken at Francis hadde nektet å uttale seg. Tilsvarende var tilfellet for pliktsubjektene i Luckhof and Spanner-saken. Det var denne nektelsen i seg selv som gav opphav til krenkelsen. Øyen tar EMDs tilnærming til grensedragningen for om det foreligger krenkelse av selvinkrimineringsvernet - og da særlig at momentene fra Jalloh-saken anses relevante for vurderingen - til inntekt for at terskelen for konstatering av krenkelse er høyere der opplysningsplikten ikke er etterkommet enn der den er etterkommet (og informasjonen blir benyttet i en senere straffesak).¹²⁴ Dette synes som en logisk slutning, da momentet ”the use to which any

¹²¹ Noe også Torgersen tar dommen til inntekt for, jf. Torgersen (2009) s. 248.

¹²² Jf. Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 51

¹²³ Jf. Heaney and McGuinness v. Ireland, avsn. 51

¹²⁴ Jf. Øyen (2010) s. 159

material so obtained was put”¹²⁵ ellers synes å være uten innhold - informasjonen i de her nevnte tilfeller blir *aldri* benyttet.

4.4.5 Andre kriterier

Det fremkommer av EMDs rettspraksis at også andre momenter enn de som eksplisitt fremgikk av O’Halloran-dommens avsnitt 55 anses som relevante for EMDs helhetsvurdering av om pliktsubjektet kan påberope seg et selvinkrimineringsvern på kontrollstadiet under selve innhenting av informasjon.

Selve saksområdet tillegges i EMDs praksis en viss betydning. Dette momentet har en klar sammenheng med samfunnsinteressen det har at pliktsubjektet ikke forholder seg taus. I O’Halloran og Francis-dommen vektla EMD at alle bilførere, slik pliktsubjektene var i denne saken, var innforstått med at man i denne kapasitet underla seg visse regulatoriske ordninger som følge av at bilkjøring medførte et svært stort skadepotensial.¹²⁶ EMD indikerer altså at det for bilkjørere foreligger en ”taus aksept”¹²⁷ som taler for en høy terskel for påberopelse av selvinkrimineringsvernet. Domstolen nevner momentet spesifikt i avsn. 62 der den oppsummerer hvorfor den er kommet til at krenkelse ikke forelå. Ut i fra denne dommen kan det virke som om EMD tillegger dette momentet relativt stor vekt. At dette er et viktig moment hevdes også i juridisk litteratur.¹²⁸ Hvilke andre saksområder (og samfunnsinteresser), foruten bilkjøring, som vil fortjene tilsvarende høye terskel for påberopelse av selvinkrimineringsvernet er vanskelig å utlede noe mer om ut ifra EMDs praksis.

Også det samfunnsmessige behovet i form av sikkerhet (security and public order concerns) har vært nevnt i EMDs praksis som et mulig relevant moment.¹²⁹ I Heaney og McGuinness-saken var opplysningsplikten aktualisert av en eksplosjon som tok livet av 5 personer og skadet flere andre. Det samfunns- og sikkerhetsmessige behovet for opplysninger var derfor meget stort. EMD uttalte på tross av det:

”The Court, accordingly, finds that the security and public order concerns relied on by the Government cannot justify a provision which extinguishes the very essence of the applicants’

¹²⁵ Jf. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 55

¹²⁶ Jf. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 57

¹²⁷ Slik den dissenterende dommer Myjer beskriver det (implied consent).

¹²⁸ Jf. Johansen (2009) s. 61

¹²⁹ Hvilket også påpekes av Øyen (2010) s. 155

rights to silence and against self-incrimination guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention.”¹³⁰

EMD påpeker altså at de samfunns- og sikkerhetsmessige behovene for informasjon i denne alvorlige saken ikke kunne forsvare innskrenkninger i de siktedes selvinkrimineringsvern i den grad at det gikk utover ”kjernen” i deres selvinkrimineringsvern. Når det samfunnsmessige behovet ikke kunne rettferdiggjøre en lavere terskel for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet i en såpass alvorlig sak, må i det minste konstateres at momentet har begrenset vekt. Dette bekreftes også av annen rettspraksis.¹³¹

4.4.6 Oppsummering av rettstilstanden

Det følger av redegjørelsen ovenfor at i hvilken grad vernet mot selvinkriminering verner mot illeggelse av sanksjoner dersom pliktsubjektet ikke etterkommer en straffesanksjonert opplysningsplikt (i situasjoner der det foreligger en ”charge”), vil bero på en konkret helhetsvurdering. Rettspraksis indikerer at det sentrale vurderingstemaet er om ”kjernen” i selvinkrimineringsvernet er krenket.

Arten og graden av tvang synes å være et svært viktig moment etter EMDs praksis. Spesielt der fengselsstraff kan bli utfallet dersom pliktsubjektet ikke etterkommer en opplysningsplikt synes EMD å operere med en forholdsvis lav terskel for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet. Hvorvidt det foreligger rettsikkerhetsgarantier i prosessen, og om disse er tilstrekkelig effektive, synes også å vektlegges i forholdsvis stor grad av EMD.

EMD har blitt forelagt flere saker som har omhandlet fartsoverskridelser. Domstolens uttalelser om at bilkjørere underlegger seg visse regulatoriske ordninger, noe som høyner terskelen for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet, gjør det vanskelig å trekke noen klare linjer for når selvinkrimineringsvernet kan påberopes. Dette er som følge av at domstolen ikke gir uttrykk for om ”saksområdet” er av generell relevans, eller om det kun er ved dette konkrete saksområdet (bilkjøring) at terskelen for selvinkrimineringsvern høynes. Når ”saksområdet” har blitt tillagt såpass stor vekt i rettspraksis, så underbygger det påstanden som er fremhevet i juridisk teori; nemlig at de prinsipielle sidene av selvinkrimineringsvernet

¹³⁰ Jf. *Heaney and McGuinness v. Ireland*, avsn. 58

¹³¹ Jf. blant annet *Saunders v. the United Kingdom*, avsn. 74 (belysende på tross av at dommen omhandler situasjonen under en straffesak) og mindretallets (Judge Pavlovski) uttalelser i *O’Halloran and Francis v. the United Kingdom*. Flertallet nevner i sistnevnte sak ikke det samfunnsmessige behovet. Judge Pavloschi tar imidlertid klar avstand fra å tillegge momentet relevans overhodet.

klare – det er variasjonen av de konkrete fakta i sakene som EMD er blitt forelagt som gjør det vanskelig å konkludere noe nærmere om hvor terskelen for krenkelse av selvinkrimineringsvernet går.¹³² I hvilke situasjoner ”kjernen” av selvinkrimineringsvernet krenkes kommer ikke entydig frem av rettspraksis utover det faktum at noen momenter anses som vektige i denne sammenheng og at terskelen for konstatering av krenkelse er forholdsvis lav.

5 Selvinkrimineringsvern der pliktmessig avgitt informasjon benyttes i en straffesak

5.1 Temaet for kapittelet

I dette kapittelet skal den andre situasjonen der selvinkrimineringsvernet kan stå i et spenn med lovpålagte informasjonsplikter belyses; nemlig situasjonen der pliktmessig avgitt informasjon benyttes i en straffesak.

I kap. 5.2 vil utgangspunktene for bevisførsel i norsk rett gjøres rede for. I kap. 5.3 vil det redegjøres for i hvilke situasjoner bevis *ikke* kan føres for retten, dvs. bevisforbud/bevisavskjæring. I det videre vil de juridiske termene bevisforbud og bevisavskjæring bli brukt synonymt om det faktum at et bevis ikke tillates ført for domstolene og dermed ikke vil være en del av avgjørelsesgrunnlaget til den dømmende rett.¹³³ I kap. 5.4 er temaet det materielle innholdet i bevisforbudet for pliktmessig avgitt informasjon slik det er trukket opp gjennom rettspraksis. I kap. 5.5 vil jeg foreta en oppsummering av rettssituasjonen i lys av det rettskildematerialet som foreligger.

5.2 Bevisførsel

5.2.1 Rettslige utgangspunkter

Utgangspunktet i norsk straffeprosess er fri bevisførsel, hvilket innebærer at partene har adgang til å føre de bevis de ønsker for retten. Dette er ikke lovfestet for straffeprosessens vedkommende, men er sikker rett. Prinsippet om den materielle sannhet – at straffedommer skal bygge på et riktig faktum – taler for at partene skal få anføre alle de bevis de ønsker. Dette har en klar parallell til hensynet til sakens opplysning, altså at domstolen skal ha best mulig

¹³² Jf. Bertelsen (2011) s. 180

¹³³ Inspirert av Torgersen (2006) s. 534

grunnlag for å komme til riktige resultat, hvilket også taler for en svært vid adgang for partene for å føre bevis for domstolene.¹³⁴

Et annet viktig utgangspunkt for bevisføring i norsk rett er at retten har fri bevisbedømmelse. Den vokter altså bevisene selv. At fri bevisførsel og fri bevisbedømmelse er klare hovedregler i norsk rett stadfestes også gjennom høyesterettspraksis.¹³⁵ Det følger av forarbeidene til straffeprosessloven at lovgiver ikke har funnet det nødvendig å lovfeste prinsippet om fri bevisbedømmelse, da dette ble ansett som overflødig.¹³⁶ At retten har fri bevisbedømmelse medfører at selv om et bevis føres så vil ikke det være ensbetydende med at det blir tillagt vekt under bevisvurderingen, da dette vil være opp til retten å avgjøre.¹³⁷

5.2.2 Hensynene til bevisumiddelbarhet, kontradiksjon og muntlighet

Norsk straffeprosess bygger på prinsippet om bevisumiddelbarhet, altså at bevisførselen skal foregå direkte for den dømmende rett. Dette er ikke uttrykkelig lovfestet i straffeprosessloven, men kan tolkes ut av strprl. § 305 der det følger at det ved vurderingen av hva som skal anses bevist utelukkende skal tas i betraktning ”de bevis som er ført under hovedforhandlingen”.

Bevisførselen under hovedforhandlingen skal også foregå muntlig, jf. § 278 (1). En middelbar prosess der man i større grad baserer seg på dokumentbevis ville ikke i samme grad fanget opp kroppsspråk, gestikulering, nøling, nervøsitet og lignende slik den umiddelbare, muntlige prosessen gjør.

Prinsippet om kontradiksjon er svært viktig for å sikre en mest mulig rettferdig rettsak og er en vesentlig rettssikkerhetsgaranti.¹³⁸ Partene skal gis mulighet til å imøtegå motpartens bevis og anførsler. Dette er lovfestet i strprl. § 92 (1). Også strprl. § 305 underbygger det kontradiktoriske prinsipp, da bevis som ikke er kommet frem under hovedforhandlingen ikke har vært mulig å imøtegå.

At norsk straffeprosess bygger på fri bevisførsel, fri bevisbedømmelse og prinsippene om bevisumiddelbarhet, kontradiksjon og muntlighet er bygget på hensynet til rettssikkerhet, at

¹³⁴ At det er partene som har ansvaret for bevisførselen modereres noe av strprl. § 294, der det fremgår at retten skal ”våke over at saken blir tilstrekkelig opplyst”.

¹³⁵ Jf. blant annet. Rt. 2005 s. 1353 avsn. 13

¹³⁶ Jf. NUT 1969:3 s. 197 første spalte

¹³⁷ Følger også av rettspraksis, jf. blant annet Rt. 2004 s.462 avsn. 38

¹³⁸ Jf. Hov (2010) s. 115

partene skal få en mest mulig rettferdig behandling, samt at man får ”riktig” resultat i flest mulig av sakene som kommer opp for retten.

5.3 Bevisforbud

5.3.1 Generelt om bevisforbud

Utgangspunktet om fri bevisførsel og fri bevisvurdering i norsk rett modereres noe av at man har regler som medfører at ikke alle bevis kan føres for domstolene, både lovfestede og ulovfestede. De lovfestede bevisforbudene i straffeprosessloven faller utenfor oppgavens område da de ikke belyser situasjonen for avskjæring av pliktmessig avgitt informasjon.¹³⁹ Det ulovfestede bevisforbudet er sentralt for oppgaven fordi det trekker opp rammene for den rettslige vurderingen av hvorvidt pliktmessig avgitt informasjon vil kunne benyttes i en straffesak. Selvinkrimineringsvernet innfortolkes som nevnt i EMK art. 6 nr. 1, og utgjør den rettslige skranken for bevisføring.

5.3.2 Prosessuelt

Bevisavskjæringsspørsmål kan forekomme flere steder i prosessen, hhv. under saksforberedelsen, under hovedforhandling og under ankesak.¹⁴⁰ Virkningen av bevisavskjæring vil variere ettersom når i prosessen det forekommer. Beslutes et bevis avskåret under saksforberedelsen vil følgen bli at beviset ikke kan føres. Tilsvarende vil gjelde dersom et bevis beslutes avskåret under hovedforhandling, men dersom retten er blitt gjort kjent med beviset må den ved bevisbedømmelsen se bort ifra det. Kommer spørsmålet opp under anke om saksbehandlingen vil en følge kunne være opphevelse av dommen dersom feilen ”kan ha innvirket på dommens innhold”, jf. strprl. § 343.

Det er partene i saken, påtalemyndigheten og tiltalte, samt retten selv, som kan kreve bevis avskåret. Det mest vanlige scenariet vil være at det er tiltalte som ønsker et bevis avskåret da det kan være inkriminerende for hans del. At retten på selvstendig grunnlag kan kreve et bevis avskåret uten anførsler av noen av partene er ikke lovfestet, men følger forutsetningsvis av strprl. § 294 og rettens ansvar for sakens fullstendige opplysning.

¹³⁹ De lovfestede bevisforbudene i spesiallovgivningen var temaet i kap. 3.3

¹⁴⁰ Jf. strprl. § 272 (1) c og (3), samt § 343

5.3.3 Ulovfestet bevisforbud

Straffeprosessloven oppstiller rammene for bevisførsel i norsk rett, jf. kap. 2.4.1. Bevisavskjæring utover dette, som følge av at beviset krenker retten til vern mot selvinkriminering, følger av ulovfestet rett.¹⁴¹ Bevis som krenker selvinkrimineringsvernet vil kunne avskjæres på flere grunnlag; hhv. at beviset er ulovlig eller utilbørlig ervervet¹⁴² eller at bevisføringen strider mot EMK art. 6 nr. 1. Det er sistnevnte grunnlag som vil være aktuelt ved vurderingen av om pliktmessig avgitt informasjon kan benyttes i en straffesak.¹⁴³

Rammene for bevisavskjæring for pliktmessig avgitt informasjon har vært trukket opp gjennom rettspraksis - både av nasjonale og internasjonale domstoler (EMD) som følge av Norges folkerettslige forpliktelser.¹⁴⁴ Som det følger av kap. 2.4.1 uttalte Høyesterett i Bølgepappkjennelsen at det ikke stred med vernet mot selvinkriminering at pliktmessig avgitt informasjon ble benyttet i en straffesak. Høyesterett vektla særlig det faktum at det ikke forelå en "straffesiktelse" etter EMDs autonome begrepsbruk da forklaringene ble avgitt. Høyesterett uttalte videre at forklaringene var avgitt "i saken", jf. kap. 2.4.1, og at forklaringene derfor kunne bli benyttet innenfor rammene av § 290, dvs. som "konfrontasjonsbevis".¹⁴⁵ Høyesterett uttalte om benyttelse av pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak:

"Utgangspunktet må være, mener jeg, at rettergangsreglene på strafferettens område gjelder under straffesaken, herunder politietterforskningen, og bare da. Det er riktig som de tiltalte fremholder, at straffeprosessloven gir regler som skal beskytte tiltalte og vitner mot å måtte "inkriminere" seg selv, § 90 og § 123. Men disse bestemmelser gjelder ikke utenfor eller forut for selve straffesaken (...)"¹⁴⁶

¹⁴¹ Som nevnt innledningsvis rubriserer jeg bevisavskjæring etter EMK art. 6 nr. 1 som bevisavskjæring på ulovfestet grunnlag da dette bevisforbudet i all hovedsak er domstolskapt.

¹⁴² Jf. Rt. 1999 s. 1269, "Verksbetjentdommen". Det følger av dommen at i vurderingen om ulovlig eller utilbørlig ervervede bevis kan føres må det gjøres en distinksjon mellom to sentrale tilfeller. Det første tilfellet er der føringen av beviset vil representere en gjentakelse eller fortsettelse av det rettsbrudd som ble begått ved ervervet av beviset. I disse situasjonene uttaler Høyesterett at beviset normalt må nektes ført. Det andre tilfellet er der føringen av beviset ikke vil representere en gjentakelse av et rettsbrudd. I disse situasjonene uttaler Høyesterett at det må foretas en interesseavveining.

¹⁴³ Denne informasjonen kan ikke anses som ulovlig eller utilbørlig ervervet. Rt. 2007 s. 932 er belysende da Høyesterett der ikke nevner bevisavskjæring etter prinsippene i Verksbetjentdommen. Mer om dommen i kap. 5.3.4.

¹⁴⁴ Jf. Rt. 2009 s. 1526 avsn. 28.

¹⁴⁵ Sml. NOU 2012:7 s. 79

¹⁴⁶ Jf. Rt. 1994 s. 610 (på s. 615)

Høyesterett uttalte videre:

”Man kan nok, som Andenæs gjør i Norsk Straffeprosess I, side 204-205, tale om en viss "spenning" mellom reglene om opplysningsplikt i og utenfor rettergang. Men jeg finner det klart at man ikke av de straffeprosessuelle regler kan utlede noe alminnelig forbud mot at opplysninger som er gitt pliktmessig på denne måten, benyttes som bevis i en etterfølgende straffesak.”¹⁴⁷

Det følger imidlertid av EMDs praksis at selvinkrimineringsvernet i EMK art. 6 nr. 1 gir et vern som går utover det Høyesterett oppstilte i Bølgepappkjennelsen. EMK er dermed helt sentral for vurderingen av hvorvidt pliktmessig avgitt informasjon vil kunne benyttes i en straffesak.

5.3.4 Generelt om EMK art. 6 nr. 1 som rettslig skranke for bevisførsel

Hvorvidt selvinkrimineringsvernet kan være krenket i situasjoner der pliktmessig avgitt informasjon benyttes i en straffesak, vil bero på om bevisføringen strider mot den rettslige standarden ”fair trial”, jf. EMK art. 6 nr. 1. Selvinkrimineringsvernet, slik det er innfortolket i EMK art. 6 nr. 1, vil utgjøre den rettslige skranken for bevisføringen. Høyesterett har akseptert at avgjørelsen i Bølgepappkjennelsen ikke kan opprettholdes fullt ut, og har fulgt EMDs linje i nyere dommer, jf. Rt. 2007 s. 932.¹⁴⁸ Det uttales der at den sentrale avgjørelsen for vernet om selvinkriminering er Saunders-saken.¹⁴⁹

Fair trial-vurderingen består som nevnt av en helhetsvurdering. Denne helhetsvurderingen vil bestå av en interesseavveining der siktedes rettssikkerhetsgarantier, da hovedsakelig retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse, og de konkrete momentene i saken veies opp mot hverandre.¹⁵⁰

Utgangspunktet i det følgende er, som nevnt, at en person har avgitt forklaring under en lov- pålagt opplysningsplikt, og at denne informasjonen benyttes i en straffesak mot ham. I disse sakene følger det av EMDs praksis at fokuset flyttes fra om innhenting i seg selv brøt med selvinkrimineringsvernet til om *bruken av opplysningene* i straffesaken utgjorde et konven-

¹⁴⁷ Jf. Rt. 1994 s. 610 (på s. 616)

¹⁴⁸ Inspirert av Hov (2010) s. 784

¹⁴⁹ Jf. Rt. 2007 s. 932 avsn. 20

¹⁵⁰ Jf. Bertelsen (2011) s. 180

sjonsbrudd.¹⁵¹ Illustrerende i så henseende er storkammersaken O'Halloran and Francis v. the UK. O'Halloran hadde etterkommet en opplysningsplikt, og denne pliktmessig avgitte informasjonen ble benyttet i en straffesak mot ham. EMD slår fast rimelig kort i avsn. 35 at det forelå en "charge" mot O'Halloran allerede på kontrolltidspunktet. Domstolens fokus flyttes imidlertid så over på om selve benyttelsen av det pliktmessig avgitte materialet i straffesaken medførte konvensjonsbrudd.¹⁵²

5.4 Momenter fra rettspraksis som belyser selvinkrimineringsvernet som rettslig skranke for bevisførsel under en straffesak

5.4.1 Temaet for delkapittelet

I dette delkapittelet vil jeg prøve å belyse hvilken terskel for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet domstolene opererer med. Jeg vil redegjøre for hvilke momenter som trekkes frem som relevante av rettspraksis, samt gjøre rede for hvilken vekt disse tillegges. Det vil hovedsakelig være EMDs rettspraksis som er sentral, da det i utgangspunktet er EMD som skal utvikle EMK. Også norsk Høyesterettspraksis vil imidlertid være av betydning.

5.4.2 Selve bruken av pliktmessig avgitt informasjon

Det følger av EMDs rettspraksis at det helt sentrale vurderingstemaet for domstolen for hvorvidt bruk av pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak strider mot selvinkrimineringsvernet, er nettopp *hvordan* bevisene benyttes i straffesaken. EMD uttaler i Saunders v. the United Kingdom at:

"It follows that what is of the essence in this context is the use to which evidence obtained under compulsion *is put* in the course of the criminal trial."¹⁵³

Helt sentralt for hvordan denne typen bevis er benyttet (is put) under en straffesak er selve omfanget av bruken under hovedforhandlingen. Hvor omfattende bruken av pliktmessig avgitt informasjon under straffesaken har vært vil følgelig være et svært viktig hensyn i helhetsvur-

¹⁵¹ Jf. Øyen (2010) s. 254

¹⁵² For O'Hallorans del. Inspirert av Øyen (2010) s. 254

¹⁵³ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 71, mine kursiveringer

deringen for om det foreligger brudd med selvinkrimineringsvernet. Et annet relevant aspekt ved hvordan pliktmessig avgitt informasjon blir benyttet under en straffesak er i hvilken grad informasjonen blir brukt for å inkriminere siktede. Dette kan både være i form av at påtalemyndighetene benytter nevnte informasjon for å tilbakevise noe siktede anfører under straffesaken, eller gjennom at informasjonen isolert sett og uavhengig av siktedes uttalelser under straffesaken bygger opp påtalemyndighetenes sak.¹⁵⁴

Saunders-saken er illustrerende for hvordan EMD vektlegger hvordan bevisene er benyttet under straffesaken; både hva gjelder omfang og hva gjelder inkriminerende bruk. I nevnte sak hadde påtalemyndighetene lest opp Saunders' forklaringer i tre dager – noe EMD beskriver som "extensive use".¹⁵⁵ EMD påpeker deretter at et sentralt formål med bruken av bevisene var å så tvil om Saunders' ærlighet.¹⁵⁶ EMD oppsummerer bruken av bevisene slik:

"In sum, the evidence available to the Court supports the claim that the transcripts of the applicant's answers, whether directly self-incriminating or not, *were used* in the course of the proceedings *in a manner which sought to incriminate the applicant*."¹⁵⁷

Som følge av dette beskriver domstolen bruken av opplysningene i denne saken som "a marked departure (...) from one of the basic principles of a fair procedure".¹⁵⁸ EMD kom dermed til at denne svært omfattende bruken, og måten informasjonen ble brukt på, etter en helhetsvurdering måtte innebære et brudd på selvinkrimineringsvernet.

I Rt. 2007 s. 932 uttaler Høyesterett, på bakgrunn av Saunders-dommen, at det sentrale for hvorvidt selvinkrimineringsvernet er krenket er "måten forklaringene er brukt på vurdert i et helhetlig lys".¹⁵⁹ I denne saken uttalte Høyesterett at bruken av den pliktmessige avgitte informasjonen i straffesaken hadde spilt en beskjeden rolle. Klageren hadde forklart seg utførlig for både politi og domstol, så informasjonen avgitt under forklaringsplikt var av mindre betydning under straffesaken. Det var av den grunn tvilsomt om det overhodet hadde blitt lest fra de aktuelle bevisopptakene, og Høyesterett mente at bruken av informasjonen på ingen måte kunne sammenlignes med den svært omfattende bruken i Saunders-saken.¹⁶⁰ Høyesterett kom etter en helhetsvurdering til at vernet mot selvinkriminering ikke var krenket i dette til-

¹⁵⁴ Inspirert av Øyen (2010) s. 263

¹⁵⁵ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 72

¹⁵⁶ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 72

¹⁵⁷ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 72, mine kursiveringer

¹⁵⁸ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 74

¹⁵⁹ Jf. Rt 2007 s. 932 avsn. 24

¹⁶⁰ Jf. Rt 2007 s. 932 avsn. 35

fellet.¹⁶¹ Jeg tar Høyesteretts uttalelser til inntekt for at man her var, i motsetning til Saunders-saken, markert innenfor hva som tillates av bruk av pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak, som følge av at det var tvilsomt om den pliktmessig avgitte informasjonen overhodet var blitt benyttet.

I EMDs storkammersak *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom* foretar EMD, som nevnt, en felles drøftelse av hvorvidt selvinkrimineringsvernet var krenket for O'Halloran og for Francis, på tross av at kun førstnevnte etterkom forklaringsplikten. Hva gjelder den art og grad av tvang som ble benyttet (nature and degree of compulsion), og hvorvidt det forelå tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier i prosessen (the existence of any relevant safeguards in the procedure) så er vurderingene felles for O'Halloran og Francis, hvilket innebærer at vurderingene av dommen i kap. 4.4.2 og 4.4.3 gjelder tilsvarende her.¹⁶² Selve *bruken* av forklaringene (the use to which any material so obtained was put) er imidlertid forskjellig for de to pliktsubjektene, og drøftes hver for seg av EMD.¹⁶³ EMD gir uttrykk for at *bruken* av forklaringene er sentral for å avgjøre om "kjernen" (the essence) i selvinkrimineringsvernet er krenket.¹⁶⁴

I denne saken var den aktuelle informasjonen et sentralt bevis mot O'Halloran. EMD vektla, på tross av dette, at informasjonen fra opplysningsplikten ikke alene var grunnen til at O'Halloran ble dømt - det forelå flere beviser som talte mot ham. EMD uttalte:

"Again as noted in the case of *Brown v. Stott*, the identity of the driver is only one element in the offence of speeding, and there is no question of a conviction arising in the underlying proceedings in respect solely of the information obtained as a result of section 172(2)(a)."¹⁶⁵

Uttalelsen indikerer at en krenkelse av selvinkrimineringsvernet sannsynligvis vil foreligge der den pliktmessig avgitte informasjonen alene er grunnlaget for domfellelse. Der nevnte informasjon er av sentral betydning for domfellelse, men det også foreligger andre bevis, vil avveiningen av om det foreligger en krenkelse bli vanskeligere. EMD konkluderte i denne saken med at "kjernen" i selvinkrimineringsvernet ikke var krenket.¹⁶⁶ EMD synes imidlertid å ha vektlagt andre momenter enn nevnte informasjons betydning for bevisgrunnlaget da den

¹⁶¹ Det forelå imidlertid en saksbehandlingsfeil da forklaringene ble lest opp, og ikke brukt som "konfrontasjonsbevis" jf. strprl. § 290.

¹⁶² Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, avsn. 55

¹⁶³ Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, avsn. 60 og 61

¹⁶⁴ Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, avsn. 55

¹⁶⁵ Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, avsn. 60, inspirert av Øyen (2010) s. 262

¹⁶⁶ Jf. *O'Halloran and Francis v. the United Kingdom*, avsn. 62

kom til denne konklusjonen.¹⁶⁷ EMD trakk spesielt frem saksområdet – at det for bilførere gjelder et spesielt ”regulatory regime”, jf. kap. 4.4.5 – som avgjørende. Dette indikerer at der den pliktmessige avgitte informasjonen er sentral, men kun ett av flere bevis, så vil også andre hensyn tillegges stor vekt.

5.4.3 ”Risiko” for bruk av pliktmessig avgitt informasjon

I henhold til Bølgepappdommen kan pliktmessig avgitt informasjon benyttes mot siktede under straffesaken innenfor rammene av strprl. § 290. Det vil følgelig bare være mulighet til å lese opp tidligere forklaringer dersom det foreligger motstrid mellom hans forklaringer, dersom det gjelder punkter han nekter å uttale seg om eller erklærer at han ikke husker, eller såfremt han ikke møter. Dette medfører en særskilt problemstilling i forhold til siktedes rett til taushet – et viktig aspekt av selvinkrimineringsvernet. En adgang til å legge frem nevnte type bevis under straffesaken kan medføre at siktede kan incentiveres til å forklare seg i en situasjon der han, hadde bevisene ikke eksistert, ville forholdt seg taus. Den pliktmessig avgitte informasjonen vil kunne fungere som et ”ris bak speilet”.¹⁶⁸ Selve eksistensen av nevnte bevis, og mulighetene for at påtalemyndighetene benytter dem dersom han ikke forklarer seg, kan legge føringer på hans muligheter til å forvare seg under straffesaken.¹⁶⁹

I Saunders-dommen anførte Saunders at selve eksistensen av den pliktmessig avgitte informasjonen innsnevret hans muligheter til å forholde seg taus under hovedforhandlingen. EMD uttaler i tilknytning til at siktede også hadde forklart seg i den senere straffesaken:

”Although it cannot be excluded that one of the reasons which affected this decision was the extensive use made by the prosecution of the interviews, the Court finds it unnecessary to speculate on the reasons why the applicant chose to give evidence at his trial.”¹⁷⁰

Jeg tar denne uttalelsen til inntekt for at EMD stiller seg avvisende til at ”risiko” for bruk av pliktmessig avgitt informasjon er et viktig hensyn. Uttalelsen kan, etter min mening, indikere at EMD ikke engang anser argumentet som relevant.¹⁷¹ Det er imidlertid problematisk å konkludere for mye ut ifra uttalelsen da det ikke var nødvendig for domstolen å gå for konkret inn

¹⁶⁷ Jf. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 62

¹⁶⁸ Jf. Aall (2007) s. 360

¹⁶⁹ Jf. Øyen (2010) s. 266

¹⁷⁰ Jf. Saunders v. the United Kingdom, avsn. 73

¹⁷¹ Øyen mener motsatt av meg, nemlig at dommen indikerer at momenter er relevant, jf. Øyen (2010) s. 260.

på spørsmålet som følge av at den pliktmessig avgitte informasjonen var benyttet i såpass stor grad som den var.

I Rt. 2007 s. 932 hadde siktede forklart seg både for politiet og under hovedforhandlingen i tingretten. Høyesterett påpekte at særlig forklaringen for tingretten må ha vært ”omfattende”.¹⁷² Forklaringene siktede gav i retten avvek ikke etter Høyesteretts syn på noe avgjørende punkt fra det han hadde forklart under den lovpålagte opplysningsplikten på forvaltningsstadiet.¹⁷³ Høyesterett uttaler at siktede i forklaringene for politi og domstol gav mer detaljerte opplysninger om de forhold domfellelsen omfattet enn det han gav ovenfor forvaltningen (skifteretten). Høyesterett oppsummerte bruken av den pliktmessig avgitte informasjonen med å poengtere at det var usikkert om det i det hele tatt var blitt lest fra disse under straffesaken. Domstolen uttaler deretter at:

”Under enhver omstendighet må det være klart at forklaringene har spilt en beskjeden rolle ved domfellelsen”¹⁷⁴

Høyesterett synes med denne uttalelsen å sikte til den reelle bruken av bevisene under straffesaken, og ikke hvorvidt eksistensen av bevisene kan ha incentivert siktede til å forklare seg så utførlig for både politi og domstol som han gjorde. Det faktum at siktede, i forklaringene for politi og domstol, gav mer detaljerte forklaringer enn ovenfor forvaltningen tyder imidlertid på at ”risikoen” for bruk av disse opplysningene under straffesaken ikke la føringer for siktedes forklaringsfrihet.¹⁷⁵

At ”risiko” for bruk av pliktmessig avgitt informasjon er et relevant hensyn for om selvinkrimineringsvernet er krenket er etter min mening tvilsomt etter rettspraksis. På den annen side vil, som nevnt, effektivitetsbetraktninger være av interesse for hvordan EMK skal tolkes. Et slikt effektivitetshensyn taler for at en slik ”risiko” for bruk, i visse tilfeller, kan bryte mot selvinkrimineringsvernet. Dette er som følge av at siktede - rent faktisk - kan ha måttet tilpasse forklaringene han kommer med under straffesaken til tidligere avgitt informasjon. At formålsbetraktninger i form av effektivitetshensyn er relevant for tolkningen av fair trial-begrepet vil kunne innebære at vekten til hensynet om ”risiko” vil variere ut i fra de konkrete momentene i saken. Øyen mener at den relative vekten til momentet vil være større for de tilfellene der siktedes forklaring for politi eller domstol fremstår som en ufrivillig repetisjon

¹⁷² Jf. Rt. 2007 s. 932 avsn. 29

¹⁷³ Jf. Rt. 2007 s. 932 avsn. 29

¹⁷⁴ Jf. Rt. 2007 s. 932 avsn. 35

¹⁷⁵ Et standpunkt også Øyen anfører, Jf. Øyen (2010) s. 266-267

av det han forklarte under forklaringsplikt.¹⁷⁶ Jeg mener imidlertid, som nevnt, at spørsmålet om momentet er relevant er rimelig uavklart etter den rettspraksis som foreligger.

5.4.4 Betydningen av om siktede protesterer¹⁷⁷

Det følger av både EMDs og Høyesteretts praksis at hvorvidt siktede protesterer mot bruken av den pliktmessig avgitte informasjonen i det minste vil være et relevant hensyn.¹⁷⁸ Dette vil imidlertid være et hensyn av liten relativ vekt. I *Staines-dommen* uttaler EMD:

”The Court must also have regard to the fact that the applicant, unlike Mr Saunders, did not object to the prosecution’s reliance on the statements which she gave under oath to the inspectors on 7 February 1991.”¹⁷⁹

EMD anser følgelig at dette er et relevant moment, da den velger å poengtere forskjellen fra *Saunders-saken*. Det følger videre av dommen at siktede derimot hadde benyttet seg av den pliktmessig avgitte informasjonen til sin egen fordel under straffesaken. Hun benyttet informasjonen med det mål for øyet å vise for retten at hun hadde forklart seg konsekvent gjennom hele saken – altså danne et bilde av en ”unwavering line of defence” etter EMDs språkbruk.¹⁸⁰

I Rt. 2007 s. 932 blir det faktum at det ikke er protestert, i hvert fall ikke konsekvent gjennom hele saksgangen for domstolene, trukket frem av Høyesterett. Høyesterett uttaler:

”Selv om det ikke er avgjørende, nevner jeg at det ikke ble protestert mot bruken av de aktuelle forklaringer og dokumenter verken for tingrett eller lagmannsrett. Spørsmålet kom først opp etter at A fikk ny forsvarer i anledning av ankesaken for Høyesterett.”¹⁸¹

Høyesterett påpeker at dette momentet ikke er avgjørende, men uttalelsen taler for at momentet er av noe vekt. Dette hensynets relative vekt opp mot de andre hensynene som trekkes frem som relevante av domstolene må imidlertid være forholdsvis liten.

¹⁷⁶ Jf. Øyen (2010) s. 267

¹⁷⁷ Overskrift inspirert av Øyen (2010) s. 267

¹⁷⁸ Jf. Rt. 2007 s. 932 og *Staines v. the United Kingdom*

¹⁷⁹ Jf. *Staines v. the United Kingdom*, ikke mulig å utlede avsnitt.

¹⁸⁰ Jf. *Staines v. the United Kingdom*, ikke mulig å utlede avsnitt.

¹⁸¹ Jf. Rt. 2007 s. 932 avsn. 36

5.4.5 Betydningen av om det forelå en siktelse (charge) på forklaringstidspunktet

Som det fremgikk av kapittel 2.6.4 så kan en siktelse (charge) etter EMKs autonome begrepsbruk foreligge også i situasjoner der subjektet ikke er siktet etter nasjonal rett. Hvilken betydning det vil ha for bevisavskjæringsadgangen under en straffesak om en siktelse forelå da den pliktmessige informasjonen ble avgitt, er et sentralt spørsmål.

I Saunders-saken fremkommer et helt sentralt utgangspunkt; nemlig at fravær av siktelse (charge) da informasjonen ble avgitt ikke utelukker at bruken av informasjonen i en straffesak kan krenke selvinkrimineringsvernet. EMD uttalte:

”Moreover the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right.”¹⁸²

Også i juridisk teori er det hevdet at det skal mer til for at selvinkrimineringsvernet skal være krenket der det ikke forelå en siktelse (charge) på forklaringstidspunktet.¹⁸³ Det følger blant annet av NOU 2003:15, at det vil være rimelig å anta at hvorvidt en siktelse (charge) forelå på forklaringstidspunktet vil være et moment i EMDs overordnede helhetsvurdering om rettergangen har vært rettferdig (fair trial).¹⁸⁴ Det uttales i nevnte forarbeider at:

”Det må derfor legges til grunn at artikkel 6 begrenser adgangen til å bruke opplysninger i sanksjonssak både når bevisene er fremtvunget forut for og etter straffesiktelse i konvensjonens forstand, men vernet for siktede er trolig sterkest i sistnevnte situasjon.”¹⁸⁵

Øyen mener imidlertid at en bør være forsiktig med å tillegge hvorvidt det forelå en siktelse eller ikke for mye vekt.¹⁸⁶ Også Aall synes å være enig med Øyens standpunkt, da han poengterer at det har vært de sakene der det ikke forelå en ”charge” på forklaringstidspunktet som har spilt den største rollen i praksis for EMD.¹⁸⁷ Hvorvidt en siktelse (charge) forelå på forklaringstidspunktet er følgelig et relevant moment, men av relativt begrenset vekt opp mot de andre momentene EMD trekker frem.

¹⁸² Jf. Saunders v. the United Kingdom avsn. 74

¹⁸³ Jf. blant annet Øyen (2010) s. 269

¹⁸⁴ Jf. NOU 2003:15 kap 5.7.12.4

¹⁸⁵ Jf. NOU 2003:15 kap. 5.7.12.4

¹⁸⁶ Jf. Øyen (2010) s. 270

¹⁸⁷ Jf. Aall (2007) s. 360

5.4.6 Strafferettslig behov for å benytte informasjonen under straffesaken

Et moment som kan tenkes relevant for om bruken av den pliktmessig avgitte informasjonen under en straffesak medfører brudd på retten til en rettfærdig rettergang (fair trial) er det strafferettslige behovet for å benytte informasjonen som bevis.¹⁸⁸ I dette ligger to aspekter; henholdsvis muligheten til å få en domfellelse ved bruk av andre bevis og hvor alvorlig saken er.¹⁸⁹ At EMD ikke opererer med en høyere terskel for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet i saker det er et stort strafferettslig behov for å benytte pliktmessig avgitt informasjon kommer frem i domstolens praksis. I Saunders-saken uttaler EMD:

”(...) it considers that the general requirements of fairness contained in Article 6 (art. 6), including the right not to incriminate oneself, apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex. The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings.”¹⁹⁰

Dommen indikerer ganske klart at EMD anser momentet som uten relevans.

5.5 Oppsummering av rettstilstanden

Hvorvidt det foreligger en krenkelse av selvinkrimineringsvernet ved bruk av pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak vil, slik rettspraksis indikerer, bero på en konkret avveining av de relevante momenter i saken opp mot selvinkrimineringsvernet. Det helt sentrale momentet for vurderingen er hvordan forklaringene er blitt brukt under straffesaken. EMDs og Høyesteretts praksis tyder på at bruken av forklaringer i en straffesak lettere kan medføre konvensjonsbrudd i følgende tilfeller; der bevisbruken kan karakteriseres som ”extensive”, der bevisene er brukt for å så tvil om siktedes ærlighet eller der forklaringene utgjør en vesentlig del av bevisgrunnlaget. Det er imidlertid ikke hold i rettspraksis til å hevde at vesentlige bevis i enhver sak skal avskjæres. Særlig EMDs storkammersak O’Halloran and Francis v. the UK er illustrerende i så henseende.¹⁹¹ På tross av at den pliktmessige avgitte informasjonen var et sentralt bevis i straffesaken kom EMD likevel til at det rettergangen hadde vært rettfærdig, og at det ikke forelå noen krenkelse av EMK art. 6 nr. 1. EMDs praksis tyder på at

¹⁸⁸ Inspirert av Øyen (2010) s. 272

¹⁸⁹ Jf. Øyen (2010) s. 272

¹⁹⁰ Jf. Saunders v. the United Kingdom avsn. 74

¹⁹¹ Trekkes også frem av Øyen (2010) s. 272-273

det sentrale er om ”kjernen” i selvinkrimineringsvernet er krenket. Det kan imidlertid ikke utledes noe skarp grense for når bruken av et bevis skal medføre konvensjonsbrudd etter den rettspraksis som foreligger. Rettspraksis, og da særlig O’Halloran and Francis-saken, gir imidlertid belegg for å hevde at terskelen for konstatering av krenkelse av selvinkrimineringsvernet er forholdsvis høy. Adgangen til å benytte pliktmessig avgitt informasjon i en straffesak er dermed relativt stor.

6 Rettspolitiske synspunkter

Redegjørelsen foreløpig har i det vesentlige hatt et de lege lata-perspektiv. I dette kapittelet vil det knyttes enkelte de lege ferenda-betraktninger til oppgavens tema.

Slik det følger av kapittel 4 og 5 vil rettstilstanden for om et selvinkrimineringsvern kan påberopes, både på kontrolltidspunktet og under en straffesak, være relativisert. Vurderingene vil bero på en vekting av momenter som rettspraksis anser som relevante. At et selvinkrimineringsvern i såpass stor grad beror på konkrete helhetsvurderinger, og ikke klare regler, medfører en forholdsvis uklar rettstilstand. Denne uklarheten forsterkes ytterligere av at domstolene ikke synliggjør en klar terskel for når selvinkrimineringsvernet er krenket etter disse helhetsvurderingene. Rettstilstanden kan, som oppgaven har belyst, kort oppsummeres med at terskelen for konstatering av krenkelse er forholdsvis lav på kontrollstadiet og forholdsvis høy under en straffesak. At man ikke har helt klare regler å forholde seg til vil kunne være uheldig både for pliktsubjektet, forvaltningen og for politi og domstoler. Den praktiske betydningen av denne uklare rettstilstanden vil også være relativt stor som følge av at det finnes en rekke lovpålagte opplysningsplikter i norsk lovgivning, jf. kap. 3.

Det er viktig å poengtere at en rettstilstand som i stor grad beror på domstolpraksis ikke nødvendigvis medfører en uklar rettstilstand. Andre rettssystemer beror i større grad enn norsk rett på prejudikater fra dommer uten at dette går på bekostning av hvor ”klar” gjeldende rett anses å være. Grunnen til at rettstilstanden i de to beskrevne situasjoner ikke er klarere skyldes etter min mening at EMD har valgt å ikke komme med klare, generelle prejudikater. I Saunders-saken uttalte domstolen eksplisitt at den ikke fant det nødvendig å avklare om selvinkrimineringsvernet er absolutt eller om vernet kan fravikes i visse tilfeller.¹⁹²

O’Halloran and Francis-saken ble avsagt i storkammer, og EMD hadde følgelig mulighet til å klargjøre rettssituasjonen både på kontrollstadiet og under en straffesak som følge av at fak-

¹⁹² Jf. Saunders. v. the United Kingdom, avsn. 74

tum i saken rammet begge situasjonene. Det er belegg for å hevde at rettstilstanden ikke ble vesentlig klarere etter denne dommen. EMD vektlegger, i begge situasjonene, et konkret saksområde (bilkjøring) uten å uttale noe om andre saksområder også kan ha tilsvarende relevans. Dette gir dommen et preg av kasuistikk, noe som også er betegnende for EMDs avgjørelser i relasjon til selvinkrimineringsvernet for øvrig.¹⁹³ På kontrollstadiet gikk rettstilstanden fra å være forholdsvis klar (absolutt selvinkrimineringsvern dersom siktelse forelå) til å være relativisert. Også for situasjonen under en straffesak bidro dommen til at det er vanskeligere å konkludere med hvor terskelen for hva som kan tillates av bevisføring av pliktmessig avgitt informasjon ligger. Den nevnte informasjon var sentral i den etterfølgende straffesaken, men domstolen kom likevel til at krenkelse av selvinkrimineringsvernet ikke forelå.

På den annen side foretar EMD i O'Halloran and Francis-saken en felles drøftelse for situasjonen på kontrollstadiet og situasjonen under en straffesak. Dette er med på å gjøre rettstilstanden mer forutberegnelig, da EMD gjennom en felles drøftelse gjør rettssituasjonen for selvinkrimineringsvern mer oversiktlig. EMD påpekte hvilke momenter som den anså som relevante, og uttalte at vurderingstemaet er om "kjernen" (the essence) i selvinkrimineringsvernet er krenket.¹⁹⁴ På tross av at selve vektingen av de relevante momenter er noe uklar, så er det ganske klart hvilken overordnet vurdering domstolen foretar.

Johansen påpeker at relativiseringen av selvinkrimineringsvernet passer bra med EMDs uttalte doktriner om å begrense seg til å vurdere om saksbehandlingen i den konkrete saken er rettferdig etter EMK art. 6 nr. 1.¹⁹⁵ Dette er en uttalelse jeg kan stille meg bak da EMDs oppgave ikke er å oppstille klare teoretiske regler som medlemslandene må følge. Deres oppgave er heller å vurdere om helt sentrale rettssikkerhetsgarantier er overholdt i de respektive medlemsland. Spørsmålet er imidlertid om man i intern norsk rett bør ta konsekvensen av at dette medfører en noe uklar rettstilstand. Mer konkret er spørsmålet om det bør oppstilles regler i intern lovgivning som sørger for at terskelen for hva som aksepteres av bruk og innhenting av informasjon fra lovpålagte opplysningsplikter blir klarere enn den er i dag. EMK sperrer ikke for at det i intern rett oppstilles regler som gir et likt eller bedre vern enn det konvensjonen gjør.

I "NOU 2003:15 Fra bot til bedring" ble det foreslått å lovfeste retten til å forholde seg taus også på forvaltningsstadiet i en ny § 53 i forvaltningsloven. Forslaget innebærer at på kontrollstadiet vil enhver ha rett til å nekte å forklare seg når dette kan utsette dem for straff. Noen lovfesting av denne retten er imidlertid ennå ikke skjedd. En slik lovfesting ville vært et

¹⁹³ Indikeres også av Bertelsen (2011) s. 180

¹⁹⁴ Jf. O'Halloran and Francis v. the United Kingdom, avsn. 55

¹⁹⁵ Jf. Johansen (2009) s. 62

stort steg i retning av en forutberegnelig rettstilstand. På den annen side er et argument mot et absolutt selvinkrimineringsvern er at dersom selvinkrimineringsvernet beror på rettslige standarder, slik det gjør i dag jf. EMK art. 6 nr. 1, vil vernet kunne utvikles dynamisk i lys av samfunnsutviklingen. Oppgaven har også belyst at det foreligger vektige hensyn mot et vidt selvinkrimineringsvern – da særlig hensynet til at forvaltningen skal kunne gjøre den jobb de er satt til å utføre.¹⁹⁶ Et absolutt selvinkrimineringsvern harmonerer ikke bra med dette hensynet.

Betraktningen ovenfor illustrerer den vanskelige vurderingen som har bidratt til at rettssituasjonen i dag er såpass lite forutberegnelig som den er – det foreligger svært vektige hensyn både for og imot et vidt selvinkrimineringsvern. Dersom balansen forskyves for mye den ene veien vil forvaltningens arbeid vanskeliggjøres, samt at vernet kan gå utover en effektiv strafferettspleie. Forskyves balansen for mye den andre veien vil dette gå utover vektige hensyn som pliktsubjektets personlige integritet, at maktmisbruk lettere kan forekomme og at uskyldpresumpsjonen vil kunne trås for nær.

¹⁹⁶ Jf. særlig kap. 2.3, 3.2 og 4.2.

Litteraturliste

Bøker:

- Aall, Jørgen, *Rettsstat og Menneskerettigheter*, 2.utg, 2007
- Bertelsen, Ehlers Tor, *EMK Kommentarer til bestemmelsene om individets rettigheter og friheter*, 2011
- Hov, Jo, *Innføring i Prosess*, 2010
- Strandbakken, Asbjørn, *Uskyldspresumpsjonen*, 2003
- Torgersen, Runar, *Ulovlig beviserverv og bevisforbud i straffesaker*, 2009
- White, Robin C. A., Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 5.utg., 2010
- Øyen, Ørnulf, *Vernet mot selvinkriminering i straffeprosessen*, 2010

Artikler:

- Torgersen, Runar, "Bør adgangen til bevisavskjæring i straffesaker utvides", *dog Fred er ej det Bedste...: festskrift til Carl August Fleischer* (2006), s. 533-576
- Johansen, Jon Petter Rui, "Om retten til å forholde seg taus og retten til å ikke måtte bidra til egen domfellelse", *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2009)
- Elgesem, Frode, "Tolkning av EMK – Menneskerettsdomstolens metode", *Lov og Rett* 04/05-2003
- Elgesem, Frode, Henning Rosenlund Wahlen, "Vernet mot selvinkriminering og forklaringsplikter overfor forvaltningen – særlig om rettigheter under Konkurransetilsynets forklaringsopptak og øvrige bevissikring", *Tidsskrift for forretningsjuss* 2-3-2010 (2010), s.59 flg.
- Frøberg, Thomas, "EMDs praksis som norsk rettskildefaktor", *Jussens venner* 03/2007 (2007)

Lovgivning:

Norsk lovgivning:

- 1902 Lov 22. mai 1902 nr. 10 alminnelig borgerlig straffelov (Straffeloven)
- 1981 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven)

- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov, gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814 (Grunnloven)
- 2004 Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- 2007 Lov 29. juni nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven)
- 1965 Lov 18. juni nr. 4 om vegtrafikk (vegtrafikkloven)
- 2005 Lov 3. juni nr. 34 om varsling, rapportering og undersøkelse av jernbaneulykker og jernbanehendelser m.m. (jernbaneundersøkelsesloven)
- 1994 Lov 24. juni nr. 39 om sjøfarten (sjøloven)
- 1993 Lov 11. juni nr. 101 om luftfart (luftfartsloven)
- 2009 Lov 9. januar nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)
- 1984 Lov 8. juni om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
- 1981 Lov 13. mars nr. 6 om vern mot forurensning og mot avfall (forurensningsloven)
- 2009 Lov 19. juni nr. 58 om merverdi (merverdiavgiftsloven)
- 1980 Lov 13. juni nr. 24 om ligningsforvaltning (ligningsloven)

Traktater:

- Wien-konvensjonen Wien-konvensjonen om traktatretten, Wien 23. mai 1969
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
- ICJ Statute for the International Court of Justice 26. juni 1945
- SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter av 16. desember 1966

Rettspraksis:

Høyesterettspraksis:

- Rt. 2007 s. 932
- Rt. 2015 s. 93 (HR 2015-206-A)
- Rt. 1999 s. 1269
- Rt. 2002 s. 509
- Rt. 2005 s. 1353

- Rt. 2004 s. 462
- Rt. 1999 s. 1269
- Rt. 2009 s. 1526
- Rt. 1994 s. 610
- Rt. 2005 s. 833

EMD:

- Weh v. Austria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. april 2004, søkenummer 38544/97
- O'Halloran and Francis v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 29. juni 2007, søkenummer 15809/02 og 25624/02
- Serves v. France The European Court of Human Rights, Strasbourg, 20. oktober 1997, søkenr. 20225/92
- Luckhof and Spanner v. Austria The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. januar 2008, søkenummer 58452/00 og 61920/00
- Saunders v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 17. desember 1996, søkenummer 19187/91
- Staines v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1999, søkenummer 41552/98
- Heaney and McGuinness v. Ireland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 21. desember 2000, søkenummer 34720/97
- Funke v. France The European Court of Human Rights, Strasbourg, 25. februar 1993, søkenummer 10828/84
- Jalloh v. Germany The European Court of Human Rights, Strasbourg, 11. juli 2006, søkenummer 54810/00
- John Murray v. the United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. februar 1996, søkenummer 18731/91
- Engel and others v. the Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976, søkenummer 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, og 5370/72,
- Deweer v. Belgium The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. februar 1980, søkenummer 6903/75
- W.S v. Poland The European Court of Human Rights, Strasbourg, 19. juni 2007, (avvisningsavgjørelse) søkenummer 21508/02
- Corigliano v. Italy The European Court of Human Rights, Strasbourg, 10. desember 1982, søkenummer 8304/78

Forarbeider:

- NOU 2003:15 Fra bot til bedring Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff
- NOU 2009:9 Lov om offentlige undersøkelseskommisjoner Særskilt oppnevnte offentlige kommisjoner
- Jf. NOU 2012:7 Mer effektiv konkurranselov
- Dok. nr. 16 (2011/2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven
- NUT 1969:3 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra Straffeprosesslovkomiteen (Komiteen til revisjon av straffeprosessloven)
- Jf. Inst.O. nr. 82 (2004-2005) Innstilling fra samferdselskomiteen A) Om lov om varsling, rapportering og undersøkelse av jernbaneulykker og jernbanehendelser m.m. (jernbaneundersøkelsesloven) B) Om lov om endringer i lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven) C) Om lov om endringer i lov 18. juni 1965 nr. 4 om vegtrafikk